Die Anfechtung der Ehelichkeit

— ein Weg zur Übereinstimmung von Blut-Abstammung und Familienordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Bullemer
aus Immenstadt im Allgäu

Approbation: 15. Dezember 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1939

1939 № 76

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

und

dem Gedächtnis meiner Mutter!

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung
Klarheit der Blut-Abstammung — ein Grundpfeiler nationalsozialistischer Rasse- und Familienpolitik
Erster Teil.
Bedeutung der Blut-Abstammung für den Familienbegriff in Vorgeschichte und Geschichte. (Drucklegung erlassen).
§ 1. Mutterrecht und Vaterrecht in vorgeschichtlicher Zeit
§ 2. Familienstand und Abstammung im römischen Recht
§ 3. Familienstand und Abstammung im germanischen Recht
Zweiter Teil.
Ordnung des ehelichen Familienstandes im BGB.
§ 4. Verwandtschaft und Abstammung im bürgerlichen Gesetzbuch 4
§ 5. Grundlagen des ehelichen Familienstandes . . . 8
§ 6. Entkräftung der Grundlagen des ehelichen Familienstandes 15
§ 7. Blutgruppen- und Erbuntersuchung klären die Blut-Abstammung 24
Dritter Teil.
Anfechtung des ehelichen Familienstandes — ein Weg zur Uebereinstimmung von Blut-Abstammung u. Familienordnung.
§ 8. Die Anfechtung der Ehelichkeit im Ueberblick . . 30
§ 9. Das Anfechtungsrecht des Mannes 33
§ 10. Die Anfechtungsklage des Mannes 37
§ 11. Bedeutung der Anfechtungsfrist 44
§ 12. Hat die Anerkennung der Ehelichkeit durch den Mann noch eine Bedeutung? 55
§ 13. Ist § 1600 BGB. noch gültig? 56
§ 14. Das neue Anfechtungsrecht des Staatsanwalts . . 57
§ 15. Die Anfechtungsform nach dem Tode des Kindes . . 76
§ 16. Die besondere Struktur des Anfechtungsprozesses . 82
Vierter Teil.
Die Geltendmachung der Unehelichkeit des Ehebruchkindes.
§ 17. Der Rahmen des § 1593 BGB. für die Geltendmachung der Unehelichkeit 101
§ 18. Die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung 109
Fünfter Teil.
Uebergangsrecht und Abschluß.
§ 19. Uebergangsrecht 131
§ 20. Abschluß 134
§ 21. Nachtrag: Aendernde Einwirkung des neuen Eherechts 141

Schrifttum.

A. Bücher und Einzelabhandlungen.

Bastian: Die Anfechtung der Ehelichkeit, JW. 1935, 2684.

Baumbach; Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen, 13. Aufl. München-Berlin 1937, 14. Aufl. München-Berlin 1938.

Bechert-Cornelius: Entwurf über Aenderung des Rechtes der unehelichen Kinder, DR. 1934, 422ff. Begründung S. 442ff.

Begründung zu dem Gesetz über die Aenderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938, DJ. 1938, 619ff.

Begründung zu dem Gesetz über die Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Oesterreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, DJ. 1938, DJ. 1938, 1102ff.

Bernhardt: Anm. zu OLG. München, ZAkDR. 1937. 218.

— Anm. zu Urteil RG. vom 14. Okt. 1937, ZAkDR. 1937, 727.

— Anm. zu OLG. Celle, JW. 1938, 967.

Bernhöft: Zur Lehre von den Fiktionen, Festgabe für Bekker 1907, S. 241ff.

Boschan; Rechtliche Stellung des von einer Frau nach einer Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kindes, DJZ. 1903, 77.

Boschan, Siegfried: Nationalsozialistische Rassen- und Familiengesetzgebung, Berlin 1937.

Brandis: Zum Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt, JW. 1933, 2862ff.; JW. 1934, 3ff.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., I. Bd. Leipzig 1906, II. Bd., Leipzig 1928. (= Brunner, RG.).

— Die uneheliche Vaterschaft in den älteren germanischen Rechten. Abhandlungen zur Rechtsgeschichte Bd. II, S. 165ff., Weimar 1931 (= Brunner Abh.).

Caro: Blutprobe und Kammergericht, JW. 1929, 2227.

Crome; System des deutschen bürgerlichen Rechts IV. Bd., Familienrecht, Tübingen 1908.

Dargun: Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im germanischen Recht und Leben. Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. XVI, Breslau 1883.

Darré; Das Bauerntum als Lebensquell der nordischen Rasse, 5. Aufl., München 1935.

Delcker; Die Feststellung der arischen Abstammung durch Zivilurteil, StAZ. 1936, 145.

— Vaterschaftsfeststellung nach Schweizer Recht, StAZ. 1937, 371.

— Randvermerke aus Urteilen über die Feststellung des unehelichen Vaters, StAZ. 1937, 18.

Dernburg: Pandekten, III. Bd., Familien- und Erbrecht, 7. Aufl., Berlin 1903.

— Deutsches Familienrecht, Halle 1903.

Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Berlin 1904.

Eck, LGDir.: Die Rechtsprechung zur Ehelichkeitsanfechtung, StAZ. 1936, 103.

Eisser; Rasse und Familie, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 115, Tübingen 1935.

Elster: Veränderte Auslegung bei gleichbleibendem Gesetzestext, DJ. 1935, 144.

Emig: Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung, München 1933.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. II. Abt. Familienrecht, 9. Aufl., Berlin 1908.

Engelmann: Die Vaterschaftsvermutung nach gemeinem und bayerischem Landrecht, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 59, 1 ff. Erlangen 1894. (= Engelmann).

— Eheliche Abstammung, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 63, 41 ff., 65 ff., 85 ff. Erlangen 1898. (= Engelmann).

— Kann ein Kind nach dem Tode des Ehemanns seiner Mutter gegen diese auf Feststellung seiner Unehelichkeit klagen, wenn der Vater gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht aus § 1593 BGB. verloren zu haben, Recht 1918, 73 ff.

Engländer, Elisabeth: Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit, Diss. Köln 1935.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Marburg 1951.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, IV. Bd. Das Familienrecht, 7. Aufl., Marburg 1931. (= Kipp-Wolff).

Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt (Regierungsentwurf), Reichsarbeitsblatt Amtlicher Teil, 1925, 459 ff.

Fechner: Das Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen nach der Verordnung vom 27. Juli 1938, JW. 2108 ff.

Ficker: Das Gesetz über die Aenderung familienrechtlicher Vorschriften, ZAkDR. 1938, 328 ff.

Fischer: Die Feststellung der blutmäßigen Abstammung, JW. 1936, 238 ff.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 1932.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1913, 1926.

Franck, Hugo: Zur Rechtsstellung in der Ehe geborener unehlicher Kinder, Diss. Göttingen 1917.

Gaedecke: Die kostenrechtliche Bedeutung der Parteivernehmung und Parteianhörung, JW. 1934, 656.

Gercke: Das Lebensrecht der biologischen Gemeinschaft, DR. 1934, 308 ff.

Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin 1908.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg: Das bürgerliche Gesetzbuch, 3. Bd., Familienrecht, Berlin 1921.

Goroncy: Vergleichende Untersuchungen über den Beweiswert der Blutgruppenbestimmung und die Aussagen der Kindesmutter im Vaterschaftsprozeß, DJ. 1936, 931 ff.

Greulich: Die Ansprüche eines während der Ehe geborenen, aber von einem Dritten erzeugten Kindes gegen seinen außerehelichen Erzeuger, Diss. Greifswald 1919.

Grimm, Jakob: Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausgabe von Häusler und Hübner, Bd. I, Leipzig 1899.

Günther: Zur Familienrechtsnovelle, Dt. Rpfl. 1938, 163 ff. (= Günther, Rpfl.).

— Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle, JW. 1938, 1699 ff. (= Günther, JW.).

Gütt-Linden-Maßfeller: Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz, Kommentar, München 1936.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. Bd., Leipzig, 1903, II. Bd. Leipzig 1907.

— Erlöschung des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz, DJZ. 1903, 284 ff.

Henneberg: Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tode des Erzeugers, JW. 1935, 1843.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.

Junker: Klage des unehlichen Vaters gegen das Kind auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung — nach rechtskräftiger Entscheidung über die Unterhaltspflicht — oder nach Anerkennung der Vaterschaft, JW. 1938, 1224 ff.

Kallfelz: Anormale Schwangerschaftsdauer als Beweismittel für die „offenbare Unmöglichkeit", JW. 1937, 590.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, Leipzig 1885, Bd. II, Leipzig 1901.

Katzenstein: Praktische Betrachtungen über die Ehelichkeitsfiktion und die Ehelichkeitsanfechtung, DRZ. 1912, 410.
Keidel: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 2. Aufl., München 1907.
Koops: Die Beurkundung von Geburten von Kindern, die in der zweiten Ehe der Mutter innerhalb 270 Tagen nach Auflösung der ersten Ehe geboren werden, StAZ. 1936, 33.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd. I. Teil, Familienrecht, Berlin 1915.
Koopers: Ehe und Familie, in Handwörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1931.
Kümmel: Die Anfechtung der Ehelichkeit, Diss. Tübingen 1928.
Kunkel: Römisches Privatrecht (Jörs-Kunkel-Wenger) 2. Aufl., Berlin 1935.
Kuttner: Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, Iherings J. Bd. 50, S. 412 ff., Jena 1906 (= Kuttner).
— Das Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren, Festgabe für Gierke Bd. 2, S. 161 ff.; Breslau 1910.
— Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914.
Krupp: Ehelichkeit und Abstammung in Deutschem Recht, DR. 1938, 202.
Kreuzer: Die Feststellung der Unehlichkeit ehelicher Kinder, eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, Diss. Breslau 1934.
Lersch: Zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tode des Vaters, Bayer. Rpfl. Z. 1917, 272.
Leske: Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzeuches für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1900, 1903.
Löning, George: Anm. zu AG. Bremen „Zur Frage der Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung, daß der Beklagte der Vater des unehlichen Kindes ist", JW. 1936, 2490.
Lohmann: Die Rechtsprechung zur Ehelichkeitsanfechtung, ZAkDr., 1937, 85.
Maßfeller: Die Grundsätze der Erb- und Rassenpflege im deutschen Familienrecht, ZAkDR. 1935, 763 ff.
— Zur Einführung in das neue Personenstandsgesetz, StAZ. 1937, 400 ff.
— Die Ausführung der Blutgruppenbestimmung zu gerichtlichen Zwecken, DJ. 1937, 1144 ff.
— Das Gesetz über die Aenderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938, JW. 1938, 1217 ff. und 1281 ff. (= Maßfeller JW. 1938).
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 7. Aufl., Berlin 1914.

Maurer: Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte, Bd. III: Verwandtschafts-, Erb- und Pfandrecht, Leipzig 1908.

Meyer, Herbert: Friedelehe und Mutterrecht, Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte Germ. Abt., Bd. 47, 198ff., Weimar 1927 (= Meyer Z² Bd. 47, 198ff.).

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. I, und IV, Berlin-Leipzig 1888 (= Mot.).

Mugdan: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und IV, Berlin 1899 (= Mugdan).

Opet: Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1899.

Personenstandsgesetz vom 3. Nov. 1937, Textausgabe Verlag Beck, München-Berlin 1938.

Peter: Zu dem neuen Familienrechtsänderungsgesetz, DR. 1938, 212.

Peters: Ist § 1600 BGB. noch zu beachten? StAZ. 1937, 301.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, I. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913. IV. Bd., Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1906.

Planitz: Germanische Rechtsgeschichte. Berlin 1936.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I und IV, Berlin 1897 (= Prot.).

Raape: Ueber den Begriff der Vaterschaft, Iherings J., Bd. 51, S. 239ff., Jena 1907.

— Vorläufige Ehelichkeit, Arch. Ziv. Pr. Bd. 120, S. 194ff., Tübingen 1922.

Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd, I, S. 403ff., 7. Aufl., Berlin 1915.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, I. Bd., Allgemeiner Teil, IV. Bd. Familienrecht, 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1935.

Rexroth: Die Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938, DJ. 1938, 707ff. und 775ff. (= Rexroth, DJ.).

— Das neue Recht der Ehescheidung, JW. 1938, 2080ff.

Rietschel, S.: Mutterrecht, in Hoops Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. III, Straßburg 1915—16.

Riezler: Doppelte Ehelichkeit, Arch. Bürg. R. Bd. 38, S. 66ff., Berlin 1913.

v. Rozycki: Das Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt vom 23. Nov. 1933, DRZ. 1934, 151.

Roquette: Abstammung und Abstammungsbeweis, JW. 1935, 1385ff.

— Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar? JW. 1935, 2476ff.

— Klage auf Feststellung der Abstammung, DR. 1936, 486.

— Familienstand und Familienstandsklagen, JW. 1937, 2553ff.

— Anm. zum Urteil RG. vom 14. Okt. 1937 „Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung", in JW. 1938, 247.

Rundschreiben des Reichsjustizministers an die Landesregierungen vom 27. Dez. 1933 betr. Ehemißbrauchsgesetz, in DJ. 1934, 8.

Ruttke: Rasse, Recht und Volk, Berlin 1937.

Seuffert: Zur Revision der Zivilprozeßordnung bei Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches ZZivPr. Bd. 22, S. 322 ff.

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. München 1932—34. (= Walsmann).

Seibert: Einige Bemerkungen zur Ehelichkeitsanfechtung, ZAkDR. 1938, 552.

— Der Staatsanwalt im Kindschaftsrecht, JW. 1938, 2117.

Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München-Leipzig 1923.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. Stuttgart 1931.

Sperl: Der Abstammungsbeweis durch Blutvergleichung, DJZ. 1927, 1523.

— Der erbbiologische Abstammungsbeweis, DJZ. 1934, 581.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar, 21. Aufl., Berlin 1935.

v. Scheurl: Die Feststellung der blutmäßigen Abstammung, JW. 1936, 235 ff.

— Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tode des Erzeugers, JW. 1935, 260.

v. Schey: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich, 18. Aufl., Wien 1906.

Schiff: Die Blutprobe bei strittiger Vaterschaft, JW. 1927, 1186 ff.

— Kann eine Blutuntersuchung in Vaterschaftsfragen herangezogen werden? JW. 1935, 343.

Schlegelberger: Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, Kommentar, 1. Bd. 5. Aufl., Berlin 1937.

Schmidt, C.: Die Ehelichkeit des Kindes und ihre Anfechtung nach gemeinem Recht und BGB., Diss. Breslau 1903.

Schmidt-Klevenow: Zur Frage der Feststellung der Unehelichkeit und Abstammung eines Kindes, JW. 1936, 16 ff.

— Das uneheliche Kind in der Volksgemeinschaft, DR. 1937, 148.

Schröder-v. Künssberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 7. Aufl., Berlin 1932.

Schönfelder: Deutsche Reichsgesetze, 6. Aufl., München-Berlin 1936.

Schwarz, Alfred: Die Geltendmachung der Unehelichkeit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Diss. Erlangen 1926.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907, Bern 1908, Verlag v. Stämpfli & Cie.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1936, IV. Bd., 9. Aufl., Familienrecht, München . . . 1926.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Tübingen 1934.
Stintzing: Bemerkungen über die Präsumption der ehelichen Vaterschaft, Iherings J. Bd. 9 Jena 1868.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, IV. Bd., 1./2. Aufl., Berlin 1884.
Stölzel: Ueber das Ehebruchskind, StAZ. 1936, 357 ff.
Trinius: Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach Ablauf der Anfechtungsfrist, DR. 1936, 499.
Tomforde: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, Berlin 1935.
Volkmar: Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, DJ. 1938, 1118 ff. und 1145 f.
Vollhardt: Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar? JW. 1935, 2475.
Weber: Rund um den Blutgruppenbeweis, DJ. 1938, 787 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., 9. Aufl., Frankfurt 1906.
Wolf, Gerhard: Die Anfechtung der Ehelichkeit, Diss. Leipzig 1927.
Wussow-Platzbecker-Peter: Zur Frage der Rechtswirksamkeit des § 1594 BGB., DR. 1938, 26 ff.
Zangenmeister: „Offenbar unmöglich", JW. 1924, 1709.
Zitelmann: Zum Recht der Eheanfechtung, Festgabe für Bekker 1907, S. 145 ff.

B. Zeitschriften, Entsscheidungssammlungen, Gesetze, mit ihren Abkürzungen.

ABGB	= Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.
AV	= Allgemeinverfügung.
ArchBürgR.	= Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPR.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
Begr.	= Begründung zum Familienrechtsgesetz in DJ. 1938, 619 ff.
Begr. z. EheG.	= Begründung zum Ehegesetz in DJ. 1938, 1102 ff.
BlutschutzG.	= Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146).
DBG.	= Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 (RGBl. I, 39).
DJ.	= Deutsche Justiz. Amtliches Blatt für deutsche Rechtspflege.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
DR.	= Deutsches Recht.
DtRpfl.	= Deutsche Rechtspflege.
DRZ.	= Deutsche Richterzeitung.
DVO. zum FamRG.	= Verordnung zur Durchführung des Familienrechtsgesetzes vom 27. April 1938 (RGBl. I, 417).

DVO z. EheG. = Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des des Ehegesetzes vom 27. Juli 1938 (RGBl. I, 923).

EheG. = Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Oesterreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807 ff.).

EheGesG. = Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz) vom 18. Okt. 1935 RGBl. I, 1246).

EhemißbrG. = Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt vom 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979).

Entwurf I = Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888.

FamRG. = Gesetz über die Aenderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938 (RG. Bl. I 379 ff.) = Familienrechtsgesetz.

Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

HRR. = Höchstrichterliche Rechtsprechung. (Ergänzungsblatt zur deutschen Justiz und zur amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen).

JDR. = Jahrbuch des deutschen Rechts.

Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

JW. = Juristische Wochenschrift.

LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

ObLGZ. = Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsgg. von Mugdan-Falkmann.

n. PersStG. = Personenstandsgesetz vom 3. November 1937 (RGBl. I, 1146 ff.).

a. PersStG. = Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung vom 6. Februar 1875.

REG. = Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 (RGBl. I, 685 ff.).

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Recht = Das Recht (Zentralblatt für den deutschen Juristenstand.

Seuff. A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Soergels Rspr.	= Soergels Rechtsprechung. Jahrbuch des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts.
SterilisG.	= Gesetz zur Verhütung des erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529 ff.).
Schweiz. Ziv. Ges.B.	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
StAZ.	= Zeitschrift für Standesamtswesen (Personenstandsrecht. Eherecht. Sippenforschung).
Warn. E.	= Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts).
ZAkDR.	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZZiv. Pr.	= Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Zitierweise.

Paragraphen ohne Zusatz sind Paragraphen des BGB.

Die Verfasser sind, soweit nur das im Schrifttum verzeichnete Werk oder von mehreren verzeichneten Werken nur eines vorwiegend benutzt wurde, nur mit Namen und Seitenzahl zitiert.

Vorgedanke.

„Nach der durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterten Auffassung des Volkes und damit nach dem deutschen Recht, ist die Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit das wirklich Wichtige. Ihr gegenüber hat die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung, wenn diese Stellung der wirklichen Abstammung nicht entspricht".

Aus dem Urteil des 4. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 30. November 1936, in JW. 1937, 620.

Einleitung.

Jede Zeit wird von bestimmten Lebenswerten als Leitmotiven geführt, die in den Prägungen der Gesetze zum Ausdruck kommen. Einem bürgerlich gesellschaftlichen Zeitalter mußte Ehre und Friede der Familie als höchstes Lebensgut erscheinen; die Väter des BGB. gaben diesem Lebensgut höchsten Schutz. Aus diesem Motiv heraus ist die Bevorzugung der Ehelichkeit auf Kosten der wahren Abstammung im Familienrecht des BGB. zu verstehen.

Die heutige Zeit hat sich auf Volk und Rasse als höchste Lebenswerte wieder besonnen. Mit dieser Wendung zur biologischen Grundlage alles Seins, vollzieht sich der Uebergang zu einer totalen Lebensführung, die durch die Einheit von Leib-Seele-Geist geleitet ist, auch im völkischen Leben.

Von der Erhaltung der biologischen Grundlagen hängt ab die Zukunft von Volk und Staat. Volk und

Rasse als höchste Lebenswerte sind Leitmotive der nat. soz. Gesetzgebung und der deutenden Gesetzesanwendung geworden und finden auf dem familienrechtlichen Gebiet naturgemäß ihren nachhaltigsten Ausdruck. Der blutmäßige Zusammenhang, die Abstammung eines Menschen, die Blutordnung in der er steht, wird zum tragenden Boden seines völkischen und damit seines persönlichen Seins, sie wird zum höchsten Lebenswert, demgegenüber selbst der Schutz des Familienfriedens zurücktritt.

Mit diesem totalveränderten Blickpunkt das von anderen Motiven inspirierte Gesetz anzuwenden, ist die schwierige Aufgabe des Richters, der die Gesetzesworte mit der Forderung der Gegenwart in Einklang zu bringen hat. „Erst wenn die Gesetzesworte Bollwerke gegen diesen Fluß ins Gegenwärtige bilden, taugt das Gesetz nicht mehr“ [1]). Die Normen der §§ 1591 ff. über die Ehelichkeitsanfechtung waren solche Bollwerke geworden. Trotz der in Gang befindlichen Neuordnung des ganzen Familienrechts, war das Problem dem Gesetzgeber so brennend, daß er in dem Familienrechtsgesetz vom 12. April 1938 (RGBl. I. 1938, 380) dieses Gebiet einer vorweggenommenen Neuordnung unterzog.

Geblieben sind die materiellen geschichtlich langsam erwachsenen Grundlagen der Ehelichkeit in §§ 1591, 1592. Hindernisse der objektiven Klärung der Abstammung, die Ausschließlichkeit des Anfechtungsrechtes des Mannes (§ 1593), der Ausschluß jedweder Anfechtung durch eine starre Befristung (§ 1594), die willkürliche Verfügungsmacht über den Familienstand durch Anerkennung (§§ 1598, 1599, 1596 II,2) sind gefallen und durch die Einführung einer unbefristeten, dem öffentlichen Interesse dienenden staatsanwaltschaftlichen Anfechtung in § 1595a (§ 5 FamRG.) dahin ergänzt, daß eine gebotene Klärung der Abstammung in jedem Fall durchgeführt werden kann. Das Prozeßverfahren ist für eine solche Klärung dienlicher gestaltet durch Betonung des Offizialcharakters (§ 7 FamRG.).

1) Elster, DJ. 1935, 144.

Es mag zwecklos erscheinen, eine vom Gesetzgeber selbst als vorläufig bezeichnete Regelung einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Diese rechtfertigt sich einerseits daraus, daß nur die Einordnung dieser Regelung eine vorläufige ist[1]). Der in zähem Kampf der Rechtsprechung gewordene Inhalt des neuen Gesetzes wird in den Hauptpunkten auch in eine künftige Gesamtordnung des Familienrechts Eingang finden. Andererseits scheint der Versuch eines Gesamtbildes des Ehelichkeitsanfechtungsrechtes, wie es sich aus der Verbindung von alten Grundlagen des BGB. und neuem Gesetz herausgestaltet, nicht überflüssig zu sein.

Die Bedeutung eines Gesetzes, das das schwierige Verhältnis zwischen Klarheit der Abstammung und Schutz der Familie meistern will, verlangt eine eingehende Umschau, wie die Ahnen des eigenen und artverwandter Völker die Frage in der Vergangenheit gelöst haben. Diese Rückbesinnung ergibt die Einsicht in die starke Kraft der Blutordnung in unserer völkischen Vergangenheit. Die Ueberschattung der blutmäßigen Abstammung im bisherigen Recht ist die ständige Begleitung der folgenden Untersuchung: die neue Ehelichkeitsanfechtung als ein Weg zur Klarheit der Blut-Abstammung.

Aus einem Blick auf die nat.soz. Rassen- und Familiengesetzgebung ergibt sich die überwiegende Bedeutung der Abstammung als rechtlichen Faktors. Deutsches oder artverwandtes Blut — arische Abstammung — ist absolute oder relative Voraussetzung:

1. für die Bauernfähigkeit — § 13 Reichserbhofgesetz vom 29. Sept. 1933 (RGBl. I,685)
2. für die Wehrfähigkeit — § 15 Wehrgesetz vom 21. Mai 1935 (RGBl. I,609)
3. für den Reichsarbeitsdienst — § 7 Reichsarbeitsdienstgesetz vom 26. Juni 1935 (RGBl I,769)
4. für die Eheschließung — § 1 und 6 Blutschutzgesetz vom 15. Sept. 1935 (RGBl. I,1146)
5. für den Eintrag der rassischen Einordnung ins Fami-

1) Begr. S. 619.

lienbuch — § 14 Ziff. 2 Personenstandsgesetz vom 3. Nov. 1937 (RGBl. I,1146)

6. für die Reichsbürgerfähigkeit — § 2 Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935 (RGBl. I,1146)
7. für die Beamtenfähigkeit — § 25 Deutsches Beamtengesetz vom 26. Jan. 1937 (RGBl. I,39)
8. für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft — § 1, Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7. April 1933 (RGBl. I,188)
9. für die Bestallung zum Arzt — § 3 Reichsärzteordnung vom 13. Dez. 1935 (RGBl. I,1433).

Diese für sich selbst sprechende nur die wesentlichsten Gesetze nennende Aufzählung, erweist den starken Willen des völkischen Staates ein Abgleiten in die Degeneration zu wehren, das Bluterbe der völkischen Vergangenheit zu stärken und zu mehren und nur den Menschen klarer Blutordnung als handelndes Glied des öffentlichen Lebens in der Volksgemeinschaft wirken zu lassen.

Zweiter Teil.

Ordnung des ehelichen Familienstandes im BGB.

§ 4. Verwandtschaft und Abstammung im bürgerlichen Gesetzbuch.

„Das Band der Verwandtschaft beruht auf der natürlichen Abstammung“ [1]). — „Unter Verwandtschaft wird der Kreis der durch die Abstammung von demselben Stammvater verbundenen Personen verstanden“ [2]). Mit dieser Definition Plancks erscheint die natürliche Abstammung, das Band des Blutes, als das verwandtschaftstra-

1) Sörgel, § 1589 Anm. 1.
2) Planck vor § 1589.

gende Element. Nach überwiegender Meinung gilt: Verwandtschaft im Sinne des BGB. ist Blutsverwandtschaft[1]).

Wenn Staudinger[2]) unter Abstammung im Sinne des BGB. nur die eheliche Abstammung versteht, so ist damit doch das Band des Bluts als Grundlage dieser Abstammung nicht geleugnet.

Nach den Motiven[3]) ist die Blutsgemeinschaft die Grundlage der Verwandtschaft und unerheblich für den natürlichen Verwandtschaftsbegriff, ob die vermittelnde Zeugung in ehelicher oder außerehelicher Geschlechtsverbindung erfolgt.

So klar demnach die Blutsgemeinschaft als die Grundlage der Verwandtschaft dem Bewußtsein aller Schriftsteller ist, so klar scheint andererseits zu sein, daß Blutsverwandtschaft und Verwandtschaft im Sinne des BGB. sich nicht decken.

Wenn nach § 1589 II. das uneheliche Kind und der Vater nicht als verwandt gelten, so ist damit eine ganze Gruppe durch natürliche Abstammung verbundener Menschen von dem Verwandtschaftsbegriff des BGB. ausgeschaltet.

Wenn nach §§ 1741 ff. die Begründung eines verwandtschaftlichen Verhältnisses nicht blutsverbundener Menschen durch das Institut der Adoption möglich ist, so ist damit eine rechtliche Verwandtschaft anerkannt unabhängig von der Grundlage der Blutsverbundenheit.

Betrachtet man diese Abweichungen vom Prinzip der Blutsverwandtschaft näher, so zeigt sich, daß die rechtliche Verwandtschaft der Adoption die adoptierten Menschen nicht in jeder Beziehung ergreift. In § 1764 ist das Adoptionsverhältnis dem Verhältnis zu den „Verwandten“ gegenübergestellt, die in § 1765 als die „leiblichen Verwandten“ bezeichnet werden. Mit anderen Worten: über die natürliche Beziehung zu den „Verwandten“,

1) Opet S. 1; Endemann S. 518; Goldmann S. 207; Kipp-Wolff S. 424.

2) § 1589 Anm. 3.

3) Mot. I, 65.

über die Blutsverwandtschaft ist die Adoption als Rechtsverwandtschaft darüber geschaltet. Grundlage des Verwandtschaftsbegriffes bleibt aber die Blutsverwandtschaft.

Eine Veränderung der blutmäßigen Grundlage des Verwandtschaftsbegriffes ergibt sich, wenn infolge unwiderlegter Vermutungen und Fiktionen Männer zu Vätern von Kindern werden, mit denen sie physiologisch gar nichts zu tun haben, wie es in den Fällen der §§ 1591 ff. 1717, 1720, 1725 ohne weiteres möglich ist. Auch diese Fälle erweisen sich aber als Ausnahme von dem Prinzip Verwandtschaft ist gleich Blutsverwandtschaft. Die Vorstellung des Gesetzgebers geht hier von der Blutsverbundenheit als möglicher Grundlage aus. Vermutungen und Fiktionen sollen den denkbar schwierigen Vaterschaftsbeweis erleichtern. Es ist in zweifelhaften Fällen unvermeidlich, daß mancher Nichterzeuger als Erzeuger fingiert und auf diese Weise auch rechtlich zum Vater wird. Damit will der Gesetzgeber nicht einen rechtlichen Vaterschaftsbegriff schaffen, sondern nur Lebensfälle erfassen, die die Regel Verwandtschaft = Blutverwandtschaft nicht aufheben, sondern bestätigen [1]).

Größere Schwierigkeiten macht die Bestimmung des § 1589 II., die bei tatsächlicher Blutsverwandtschaft die Normen des BGB. über Verwandtschaft für unanwendbar erklärt. Im Anschluß an Bernhöft [2]) wird diese Bestimmung als negative Fiktion gedeutet. Das besagt das Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen unehelichem Kind und Vater wird nicht geleugnet. Die normalen Rechtswirkungen treten aber nicht ein. Nur in seinen Rechtswirkungen wird das Verhältnis behandelt als ob es nicht bestünde, tatsächlich besteht es aber. Im Entwurf II hieß es „zwischen einem unehelichen Kind und dessen Vater besteht keine Verwandtschaft“ [3]). Die heutige Formulierung „gelten nicht“ setzte sich durch, da es den Vätern des BGB. selbst absurd erschien die Grund-

1) Iehrings Jahrbücher 50, S. 412 ff. Kuttner.
2) In Bekker Festgabe S. 259 ff.; vgl. auch Sörgel § 1589 Anm 2.
3) Mugdan, Bd. I, LVII.

lage der Blutsverbundenheit dem Verwandtschaftsbegriff zu eliminieren.

In der Norm des § 1310 III zeigt sich deutlich, daß die Basis der Blutsverwandtschaft nicht verlassen wurde. Bei dieser Betrachtung ist § 1310 III nicht — wie gewöhnlich angenommen wird — Ausnahme von der Regel § 1589 II; sondern § 1310 III ist ein Durchleuchten des Grundprinzips der Blutsverwandtschaft demgegenüber § 1589 II die Ausnahme darstellt.

Die Normen §§ 1708ff. und §§ 1719—23 bestätigen weiterhin, daß die Blutsverwandtschaft — allerdings überdeckt durch die generelle Fiktion des § 1589 II — Grundlage der Beziehungen zwischen unehelichem Kind und Vater ist.

Der Begriff der durch Abstammung, durch Blutsbande begründeten Verwandtschaft sollte nach den Schöpfern des BGB. ein allgemein gültiger sein. Das zeigt sich darin, daß der Entwurf I die heute in §§ 1589, 1590 enthaltenen Bestimmungen in den Allgemeinen Teil gestellt hatte. Das zeigt sich aber auch in der heutigen Stellung im Gesetz: was Verwandtschaft ist wird im ersten Titel des Abschnittes „Verwandtschaft" allgemein gültig festgelegt. Denn allgemein Gültiges pflegt man an den Anfang zu stellen. Das zeigt sich ferner darin, daß nach Art. 33 EGBGB. die Verwandtschaftsnormen des BGB. für die Reichsjustizgesetze als maßgebend bezeichnet werden.

Als Ergebnis der Betrachtung ergibt sich, daß die natürliche blutmäßige Abstammung dem Verwandtschaftsbegriff des BGB. zugrundeliegt. Dieser in § 1589 I rein formulierte Grundsatz wird allerdings durch Ausnahmen so überdeckt und verschleiert, daß Viele daraus ihre Anschauung rechtfertigen, dem BGB. fehle ein einheitlicher Verwandtschaftsbegriff. Diese Verschleierung berechtigt aber nicht das Grundprinzip außer Acht zu lassen; im Gegenteil sie veranlaßt uns bei der Auslegung auf diesen Grundbegriff der Verwandtschaft als einer Blutbeziehung zurückzugreifen.

Jede Zeit ist beherrscht von Leitmotiven und sucht dieselben bei der Auslegung älterer Gesetze aufzufinden und herauszustellen. Es ist das Recht der heutigen Zeit das Motiv der blutmäßigen Abstammung aus der überdekten Gestaltung des BGB. herauszulösen und in das hellere Licht einer der Bedeutung des Motivs entsprechenden Auslegung zu stellen. Die Väter des Gesetzes geben uns selbst das Mittel in die Hand die familienrechtlichen Einzelfragen in der einheitlichen Grundlage „Verwandtschaft ist durch Abstammung begründete Blutsverwandtschaft" zu verankern.

§ 5. Grundlagen des ehelichen Familienstandes.

Die vielumstrittene Frage „wann ist ein Kind ehelich" löst Raape[1]) mit der einfachen Antwort: wenn es während oder in bestimmter Zeit nach Auflösung der Ehe geboren wird. Der römische Satz „pater vero" . . . „trifft wörtlich zu. Das in gültiger Ehe geborene Kind ist ehelich (§ 1591 II)[2]).

Dieser Ansicht ist insoweit zuzustimmen als alle anderen aus dem Komplex „Vaterschaftsvermutung" sich ergehenden Fragen erst auftauchen, wenn die Tatsache der Ehelichkeit in Frage gestellt wird. Zur Erleichterung des schier unmöglichen Beweises der Vaterschaft im Prozeß stellt der Gesetzgeber ein Netz von Rechtsvermutungen zur Verfügung, durch deren Widerlegung oder Nichtwiderlegung sich die Entscheidung über den Familienstand des Kindes ergeben soll.

Bei dieser Auffassung tritt der Charakter der Rechtsvermutung als einer prozessualen Beweisregel klar zu tage. Die Stellung im materiellen Gesetz darf über den prozessualen Akzent der Vermutung nicht irre machen[3]), der dahin geht, daß auf typischen Wahrscheinlichkeitslagen beruhende Rechtssätze zur Beweiserleichterung aufgestellt sind, die praktisch eine Umkehrung der Beweislast

1) Arch. ziv. Prax. 1920, 194.
2) Fischer § 1591 Anm. 2; Endemann S. 522; ObLGZ. 2, 152.
3) Stein-Jonas § 292, I.

im Prozeß bewirken können. Ob die Vermutung widerleglich (praesumtio iuris) oder unwiderleglich (praesumtio iuris et de iure) gestaltet ist, ändert an ihrer grundsätzlichen Struktur nichts. Anderen Charakter hat die Fiktion; sie ist eine Norm des materiellen Rechts, durch die der Gesetzgeber aus technischen Gründen die Rechtsfolgen normierter Tatbestände an ganz andere Tatbestände anknüpft. In Folge der wechselnden Formulierung des BGB. ist nicht immer erkennbar, ob es sich um eine Vermutung oder eine Fiktion handelt und besonders die Grenzen zwischen der praesumtio iuris et de iure und der Fiktion sind vielfach zweifelhaft und bestritten.

Die Raape'sche Antwort enthebt uns nicht der Aufgabe, die im Prozeß wichtig werdenden Umstände aufzuzeigen, die die eheliche Vaterschaft begründen und beenden.

Umstände der Begründung sind nach § 1591 I:

1. Geburt nach Eheschließung.
2. Empfängnis vor oder während der Ehe.
3. Beiwohnung während der Empfängniszeit.

Deutlich ausgesprochene oder dem Wortlaut zu entnehmende Vermutungen erleichtern den Beweis. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich eine zweifach gegliederte Ehelichkeitsvermutung:[1])

a) Die Vermutung des ehelichen Geschlechtsverkehrs kurz Beiwohnungsvermutung genannt § 1591 II 1.
b) Vermutung der Ursächlichkeit des ehelichen Geschlechtsverkehrs, kurz Kausalitätsvermutung genannt § 1591 I.

Zu 1: Die Geburt nach der Eheschließung wird leicht erwiesen durch den Zeitpunkt der Eheschließung. Einträge ins Familienbuch ergeben darüber beweiskräftigen Aufschluß §§ 9, 11, 60 n. PerstSt.G.). Der Geburtsvorgang wird sich nur in seltenen Fällen ohne Zeugen abspielen. Abgesehen davon wird der Schwangerschaftszustand in den Monaten vor der Geburt der Umwelt ersichtlich sein.

Zu 2: Empfängnis vor oder während der Ehe. Mit dieser

1) Opet S. 16; a. A. Staudinger § 1591 Anm. 1.

Normierung stellt das BGB. voreheliche und eheliche Zeugung vollkommen gleich in Uebereinstimmung mit dem ALR. II, 2, §§ 1 ff., mit dem sächs. BGB., dem Code civile, dem österr. BGB. und anderen neueren Gesetzgebungen. Der Gesetzgeber ist sich — wie die Motive berichten [1]) — bewußt eine sittlich gebotene Unterscheidung zu verlassen; es geschehe aber um den Eltern keimenden Lebens einen mächtigen Anreiz zu geben durch rasche Eheschließung ihren künftigen Kindern den Schutz einer ehelichen Stellung zu verleihen.

Mit dieser Entscheidung wendet sich das BGB. auch ab von der im gemeinen Recht herrschenden Meinung [2]), allein die eheliche Zeugung begründe die Ehelichkeit und trägt Gegenströmungen [3]) Rechnung, denen zufolge die Reinheit der Ehe besser gehütet werde durch Gleichstellung der vorehelichen Zeugung als durch unvermeidliche Prüfungsexperimente über die Ehelichkeit der Zeugung [4]).

Zu 3: Beiwohnung während der Empfängniszeit. Zunächst zum Begriff der Empfängniszeit. Die Schwierigkeit [5]) den Zeitpunkt der Empfängnis mit mathematischer Genauigkeit nachzuweisen, die den Richter im Einzelfalle vor höchst labile Beweisschwierigkeiten und Ergebnisse stellt [6]), nötigte den Gesetzgeber den nach medizinischer Erfahrung frühestens und spätestens möglichen Erzeugungstermin zu bestimmen und den zwischen diesen Terminen liegenden Zeitraum als Empfängniszeit festzulegen. Gestützt auf die unbestrittene medizinische Autorität des Hippokrates war die Empfängniszeit im römischen Recht auf den 182.

1) Mot. IV 647.

2) Engelmann Bd. 59, S. 22.

3) Dernburg, Pand. S. 54.

4) Stinzing, Jherings Jahrb. 9, 419 ff.

5) Treffend Endemann S. 521 Anm. 12 gegen Windscheids Unmöglichkeit.

6) Das englische Recht sieht im Vertrauen auf die richterliche Prüfungskraft von einer Bestimmung drr Empfängniszeit ab. Opet S. 17, Anm. 20.

bis 300. Tag vor der Geburt festgelegt; Dabei blieb es im gemeinen Recht[1]) und mit geringen Variationen auch in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts. In Anlehnung daran bestimmte das BGB. in §§ 1592 I. den 181. bis 302. Tag vor der Geburt als gesetzliche Empfängniszeit. Diese hat den Charakter einer gesetzlichen Regel[2]). Den absoluten Charakter, ersichtlich aus der Formulierung „gilt“[3]), aufzugeben und zu einer widerleglichen Vermutung abzuschwächen, wurde von der 2. Kommission grundsätzlich abgelehnt[4]). Die Minimalgrenze sei weit genug gezogen, um etwaige Ausnahmen zu erfassen; um aber jegliche Härte der Maximalgrenze auszuschließen, wurde in § 1592 II 2 der Gegenbeweis zugelassen für den seltenen Fall einer Empfängnis vor dem 302. Tage vor der Geburt. Dieser Gegenbeweis ist möglich nur zugunsten, nicht zu Ungunsten der Ehelichkeit, Damit ist der absolute Charakter der Empfängniszeit in einer bestimmten Richtung durchbrochen aber nicht aufgehoben.

Der Ausnahmecharakter der Norm § 1592 II zeigt sich auch im Folgenden: es ist bestritten, ob im Falle vorehelicher Zeugung die modifizierte Beiwohnungsvermutung (§ 1591 II 2) auch im Falle der nach § 1592 II erweiterten Empfängniszeit zur Anwendung kommt. Dies ist mit Planck[5]) zu verneinen, der überzeugend ausführt, daß § 1591 II 2 eine Anfechtungsmöglichkeit der Ehelichkeit voraussetze, eine solche aber nach dem Wortlaut von § 1593 nur in den Fällen der normalen gesetzlichen Empfängniszeit möglich sei[6]). Unrichtig ist die Ansicht Staudingers[7]), der § 1591 II 2 auch bei der erweiterten

1) Engelmann Bd. 59, S. 20.

2) Planck § 1592 Anm. 1; Staudinger § 1592 Anm. 3 a. A. Opet S. 17.

3) Crome IV S. 464.

4) Prot. IV. 460ff.

5) § 1592 Anm. 2, III.

6) Ebenso Goldmann S. 211 Anm. 13.

7) 1592, 3aβ.

Empfängniszeit anwendet. Da eine eigentliche Anfechtung nach § 1593 nur bei der gesetzlichen Empfängniszeit möglich ist, will er jede Art von Bestreitung der Ehelichkeit als Ersatz gelten lassen, um § 1591 II 2 auch im Falle der erweiterten Empfängniszeit anwenden zu können. Im Gesetz findet dieser Vorschlag keine Stütze.

Die Normierung von § 1591 I 1 „und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat", enthält ein Doppeltes:

Einmal, Voraussetzung der Ehelichkeit ist die Beiwohnung des Ehemannes.

Sodann, die Vermutung der Kausalität dieser Beiwohnung des Ehemannes.

Die Beiwohnungsvoraussetzung wird gestützt durch die in § 1591 II 1 ausgesprochene Beiwohnungsvermutung. Grundlage dieser Vermutung ist die Lebenstatsache des ehelichen Geschlechtsverkehrs. Erweitert ist sie auf den vorehelichen Verkehr, wie sich aus dem Wortlaut „innerhalb der Empfängniszeit", also nicht Ehezeit ergibt. Hatte der Gesetzgeber in § 1591 I 1 die voreheliche Empfängnis der ehelichen gleichgestellt, so mußte logischerweise die Beiwohnungsvermutung für eheliche und voreheliche Zeugung gelten, wenn sie voll wirksam sein sollte[1]). Durch den Wortlaut von § 1591 II, 2 wird daran nichts geändert. „Diese Vermutung gilt auch, wenn die Empfängniszeit vor die Ehe fällt, dann aber nicht mit der regelmäßigen Wirkung. Der Mann kann vielmehr die Vermutung durch fristgemäße Anfechtung einfach außer Kraft setzen". Diese Ansicht Dernburgs[2]) hat überwiegend Beifall gefunden[3]). Die Formulierung von § 1591 II 2 kann allerdings zu der Auffassung verleiten, die Beiwohnungsvermutung gelte nicht bei Lebzeiten des Ehemannes[4]). Diese Auffassung ist aber unrichtig und steht im offenen Widerspruch mit der in § 1591 I, 1 vorgenom-

1) Staudinger § 1591, 3b.
2) Dernburg, Familienrecht, § 66 IV, 2.
3) Engelmann Bd. 63, S. 46; RGRKom. § 1591 Anm. 1.
4) So Opet S. 17.

menen Gleichstellung der ehelichen und vorehelichen Zeugung[1]).

Darnach gilt die Beiwohnungsvermutung auch bei vorehehelicher Zeugung, allerdings mit erleichterter Möglichkeit zu ihrer Außerkraftsetzung: infolge Anfechtung des Mannes oder infolge Tod des vor einer Anfechtung verstorbenen Mannes. In beiden Fällen verliert die Vermutung ihre Kraft und wird zur beweisbedürftigen Tatsache für den, der die Uneheliehkeit geltend macht[2]). Um den Schutzkeis der Ehelichkeit im Interesse des Kindes möglichst weit zu ziehen, ist es unbeachtlich, ob der verstorbene Ehemann Kenntnis von Geburt oder Schwangerschaft hatte, ob er des Anfechtungsrechts inne oder verlustig war[3]).

Die Beiwohnungsvermutung beruht auf der dem Wesen der Ehe entsprechenden Tatsache des ehelichen Geschlechtsverkehrs. Wie ist es aber in den Fällen, in denen bei formeller Ehe die eheliche Geschlechtsverbindung in Frage gestellt wird, also bei Trennung, bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und bei Todeserklärung eines Ehegatten?

Bei einer Trennung, die zeitweiligen Charakter trägt, wird ein Weitergelten der Beiwohnungsvermutung überwiegend angenommen[4]). Die Vermutung gilt während des Scheidungsprozesses, selbst wenn einstweilige Trennung der Gatten nach § 627 ZPO. ausgesprochen ist. Das Schutzinteresse des Kindes geht hier der Tatsache der erschütterten ehelichen Lebensgemeinschaft vor.

Bei einer Trennung, die dauernden Charakter trägt, wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575, soll nach der herrschenden Meinung die Beiwohnungsvermutung nicht weiter gelten. Die materielle, wenn auch nicht formelle Lösung der ehelichen Gemeinschaft

---

1) Widerspruchsvoll Planck § 1591, 3b und 4.

2) Engelmann, Bd. 63, S. 47.

3) Mot. IV. 657; Fischer. § 1591 Anm. 11.

4) Staudinger § 1591, 3b; Planck § 1591 Anm. 5; Mot. IV. 651 ff.; Fischer, § 1591 Anm. 4; RGRKom. § 1591 Anm. 1.

(§ 1586) gibt keinen Anlaß, die auf den Bestand einer ehelichen Gemeinschaft beruhende Beiwohnungsvermutung weiter gelten zu lassen. Es heißt den Ehelichkeitsschutz übertreiben, wenn man auch diesenfalls die Vermutung weiter gelten läßt[1]). Durch die jederzeit mögliche Wiederherstellung der Gemeinschaft — häufig durch Aufnahme der Geschlechtsverbindung konkludenter Weise betätigt — kann ja die Beiwohnungsvermutung jederzeit wieder in Wirksamkeit gesetzt werden[2]).

Die Todeserklärung des verschollenen Ehegatten begründet die Vermutung des Todes in dem im Urteil festgesetzten Zeitpunkt (§ 18). Mit der Vermutung des Todes wird auch die Auflösung der Ehe vermutet. Diese Anschauung steht nicht im Widerspruch mit der Bestimmung des § 1348 II,1; denn die neue Eheschließung löst zwar die alte Ehe faktisch auf, die aber schon durch die Todeserklärung vermutungsweise gelöst war[3]). Infolge der vermuteten Eheauflösung erledigt sich die Beiwohnungsvermutung für alle Empfängnisse nach dem vermuteten Todeszeitpunkt. Das empfangene Kind ist nach herrschender Meinung unehelich[4]).

Bei Wegfall der Todesvermutung gilt die Ehe als nicht aufgelöst; automatisch tritt wieder die Beiwohnungsvermutung in Kraft. Das nach dem Zeitpunkt der weggefallenen Todesvermutung empfangene Kind wird automatisch zum ehelichen Kinde, sofern nicht seine Ehelichkeit angefochten wird.

Die Kausalitätsvermutung wurde schon in der Formulierung des § 1591 I,1 enthalten aufgezeigt. Das BGB. folgt hier durchaus den Spuren des gemeinen Rechts: „Es

---

1) Staudinger § 1591, 3bα; RGRKom. § 1591 Anm. 1.

2) Planck § 1591 Anm. 6.

3) Staudinger § 1348 Anm. 4; RGRKomm. § 1348 Anm. 9; Goldmann S. 210 Anm. 7.

4) Staudinger § 1591, 3a; Goldmann S. 210 Anm. 7; RGRKom. § 1591 Anm. 1; Planck § 1591 Anm. 7; Engelmann Bd. 63, S. 48; Dernburg Familienrecht § 66 II; im Ergebnis übereinstimmend Kipp S. 293; RG. 60. 198; OLG. 12, 298 ff.; a. A. Boschan DJZ. 1903, 77.

soll der mögliche eheliche Vater als wirklicher ehelicher Vater gelten[1])".

Man maß der Kausalitätsvermutung solche rechtliche Kraft bei, daß Entwurf I ihr den Charakter einer praesumtio iuris et de iure aufgeprägt hatte, indem allein die erwiesene Nichtbeiwohnung die Vermutung der Kausalität brechen konnte. Leidenschaftliche Kritik, von Gierke dahin ausgedrückt: nach der geplanten Regelung gelte nicht nur der „mögliche", sondern etwa auch der „unmögliche" Vater als „wirklicher Vater"[2]), führte zu der Aufnahme einer allerdings beschränkten Widerleglichkeit der Kausalitätsvermutung, die sich in § 1591 I,2 präsentiert. Damit gleitet die Betrachtung in das Thema des folgenden Abschnittes.

§ 6. Entkräftung der Grundlagen des ehelichen Familienstandes.

Die gemeinrechtliche Auffassung von der Einheit der Ehelichkeitsvermutung wirkt noch heute nach. Die allgemeine Erkenntnis, daß die Ehelichkeitsvermutung in mindestens zwei selbständige Einzelvermutungen zu zerlegen sei, hat doch nicht verhindern können, daß in der Widerlegung dieser Vermutungen keine scharfe Trennung vorgenommen wird; die Widerlegungsmittel der Beiwohnungsvermutung werden auch auf die Kausalitätsvermutung angewandt und umgekehrt. Diese Methode ist in der Praxis unbedenklich und ergibt sich aus der nahen Berührung der Stoffgebiete von selbst. Die Widerlegung einer Vermutung kann geeignet sein auch die andere zu entkräften; dennoch ist theoretisch eine klare Trennung der beiden Vermutungen und ihrer Widerlegungsmöglichkeiten vorzunehmen.

Die Beiwohnungsvermutung ist eine praesumtio iuris und als solche unbeschränkt widerleglich, also durch jede Art von Beweis entkräftbar[3]). Die erst durch die II.

1) Mot. IV., 654.
2) Engelmann, Bd. 63, S. 67 ff.
3) Opet S. 18; Staudinger § 1591, 5a, II; Planck § 1591 Anm. 4; RGRKom. § 1591 Anm. 2; Fischer § 1591 Anm. 9; Kipp-Wolff, S. 290.

Kommission eingefügte Widerlegungsmöglichkeit der Kausalitätsvermutung in § 1591 I2 und die Debatte um Sinn und Tragweite dieser Bestimmung hat die Beiwohnungsvermutung zurücktreten und vergessen lassen, daß mit der Widerlegung der Beiwohnungsvermutung eine der drei in § 1591 I1 normierten Voraussetzungen der Ehelichkeit eliminiert und damit die Ehelichkeit von selbst entkräftet wird[1]). Richtig betont Opet[2]), daß die Widerlegung der Beiwohnungsvermutung zur Begründung der Unehelichkeit ausreiche. Das Reichsgericht[3]) erklärt die Unbeschränktheit des Gegenbeweises und rügt das Berufungsgericht, weil es die in § 1591 I,2 zum Ausdruck kommende Beweisbeschränkung irrtümlich auch auf die Widerlegung der Beiwohnungsvermutung angewandt habe. „Bei dieser Widerlegung dürfe und habe sich der Richter mit demjenigen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu begnügen, der bei der Unvollkommenheit aller menschlichen Erkenntnis im praktischen Leben als Gewißheit gelten müsse, mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, mit einer Wahrscheinlichkeit, die dem Zweifel Schweigen gebiete, ohne ihn auszuschließen".

Die schon besprochene Möglichkeit die Beiwohnungsvermutung bei vorehelicher Empfängnis durch einfache Anfechtung des Mannes außer Kraft zu setzen, ändert nichts an ihrer grundsätzlichen Geltung und unbeschränkten Widerleglichkeit.

Eine Beschränkung kann sich allerdings prozessual ergeben durch die Ausschaltung der Parteienherrschaft im Anfechtungsprozeß, die jetzt auch für ehelichkeitsfreundliche Tatsachen gilt (§ 641 I, § 617 I und II ZPO.; § 7 II FamRG.).

Entkräftung der Kausalitätsvermutung: Beherrscht von dem Schutzgedanken der Ehelichkeit[4]) hatten

1) Nach dem 1469 des Entwurfs I war der Nachweis der Nichtbeiwohnung die einzige Möglichkeit, die Ehelichkeit zu entkräften (Mot. IV., 653).

2) Opet S. 20.

3) RG. in JW. 1921, 27.

4) Mot. IV, 654 ff.

die Väter des BGB. im Entwurf I die allein durch den Nachweis der Nichtbeiwohnung entkräftbare Kausalitätsvermutung zu einer präsumtio iuris et de iure gestaltet. Erst die Apelle der II. Kommission brachten in § 1591 I,2 eine weitere Wigerlegbarkeit, um die krassesten Widersprüche zwischen natürlicher Sachlage und Ehelichkeitsdogma auszuschalten, die aber — ein Zeichen der Stärke des Ehelichkeitsdogmas — nur beschränkt gestaltet wurde[1]). Es ist nicht notwendig die Kämpfe um die biologische Wahrheit in der II. Kommission[2]) ausführlich zu erörtern. Hervorgehoben sei nur der bis zum heutigen Tage nicht restlos entschiedene Widerstreit um die Auslegung des „offenbar unmöglich".

„Die Vorschrift habe jedenfalls den Vorteil den Richter nachdrücklichst darauf hinzuweisen, daß die Schlüssigkeit des Beweises bei Fällen der in Rede stehenden Art besonders streng zu prüfen sei." Diese Auslegung der II. Kommission hat sich als herrschend durchgesetzt. Zwar hatte der Antragsteller vorgeschlagen nur solche Beweismittel zuzulassen, die ohne eingehende Erhebung, sozusagen prima facie, die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann dartun[3]). Er stützte seine Ansicht durch den Hinweis auf die beweiseinschränkende Bedeutung des Wortes „offenbar" an anderen Stellen des Gesetzes, besonders im (nunmehrigen) § 319 BGB.

Diese Ansicht spricht scheinbar für sich und wird auch vom „Vater des BGB." Planck[4]) geteilt. Der Widerspruch zur herrschenden Auslegung mildert sich aber in dem praktischen Ergebnis dieser Auslegung. Verschieden bleiben die Wege: einerseits Anbietung aller Beweismittel nach der herrschenden Meinung — andererseits Anbietung nur der Beweismittel, die zur offenkundigen Unmöglichkeit führen.

---

1) Engelmann, Bd. 63, 70.

2) Prot. IV, 463ff.

3) Nach Endemann S. 526 Anm. 27 war das Motiv des Antragstellers das Eindringen in die ehelichen Verhältnisse zu vermeiden.

4) § 1591 Anm. 2.

Einheitlich ist das Ziel: wenn Planck Tatsachen verlangt, die, wenn erwiesen, die Annahme der Zeugung als mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar erscheinen lassen, so ist das im Ergebnis das Gleiche, als wenn die herrschende Meinung den Nachweis eines Tatbestandes verlangt, „der die Annahme der Ehelichkeit eines Kindes als völlig ausgeschlossen, als mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar erscheinen läßt[1])".

Bei aller Einheitlichkeit über die zu fordernde Sicherheit des Unmöglichkeitsbeweises, kann doch infolge der Verschiedenheit des angebotenen Materials auch das praktische Beweisergebnis verschieden sein. Deshalb ist eine Stellungnahme in diesem Deutungsstreit geboten.

Die II. Kommmission hatte sich nach den Einwänden des Antragstellers mit der neutralen Feststellung begnügt, daß die neue Vorschrift so oder so ihren Wert habe.

Es wurde von Engelmann[2]) das Argument vorgetragen, daß nicht die Art des angebotenen Beweismaterials, sondern die Liquidität für die Feststellung der Unmöglichkeit der Erzeugung ausschlaggebend sei; selbst bei den offenkundigsten Beweisen, wie etwa Abwesenheit des Ehemannes in fernen Ländern, könne eine eingehende Beweiserhebung notwendig werden. Aus diesem schlagenden Argument erhellt in der Tat, daß die Gleichung Offenkundigkeit = Nicht-Erfordernis von eingehenden Beweiserhebungen nicht stimmt; die Anhänger der „Offenkundigkeitstheorie" — wenn man diesen Ausdruck gebrauchen darf — haben diesem Argument nichts entgegenzusetzen. Es ist demnach die von Engelmann gegebene Auslegung des „offenbar unmöglich" für richtig zu erachten, „als die einer Mahnung an den Richter die vorgeführten Beweise auf ihre Schlüssigkeit besonders streng und gewissenhaft zu prüfen und die Illegimität des Kindes erst dann als bewiesen anzunehmen, wenn jede, auch die entfernteste Möglichkeit einer Erzeugung desselben durch

1) RG. in Warn. E. 1921 Nr. 17.
2) Bd. 63, S. 71 ff.

den Ehemann ausgeschlossen ist[1])". Diese Deutung kann im wesentlichen noch heute als maßgebend bezeichnet werden[2]). Also keine Einschränkung in den Beweismitteln, doch strengster Maßstab bei der Beweiswürdigung dergestalt, daß nicht größte Wahrscheinlichkeit, sondern nur Gewißheit genügt, um die offenbare Unmöglichkeit in der richterlichen Entscheidung zu begründen.

Die Bestimmung von § 1591 I, 2 ist nur aus dem engsten Zusammenhang mit § 1591 I, 1 zu erklären. Satz 1 bringt die Voraussetzungen der Ehelichkeit, zu denen die Beiwohnung des Mannes während der Empfängniszeit gehört. Satz 2 bringt die Ausnahme von diesem Prinzip. Sinngemäß müßte Satz 2 etwa so lauten: das Kind, bei dem die Ehelichkeitsvoraussetzungen vorliegen, ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. Anders ausgedrückt: trotz stattgefundener oder vermuteter Beiwohnung ist das Kind nicht ehelich, wenn . . .

In der bereits erwähnten Entscheidung[3]) betont das Reichsgericht unter dem Gesichtspunkt, daß die Strenge des Unmöglichkeitsbeweises nicht auf die Widerlegung der Beiwohnungsvermutung des § 1591 II übertragen werden dürfe, den engen Zusammenhang, der zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 1591 I besteht: . . . „Wo es also auf den Nachweis ankommt, daß das Kind, obwohl die sämtlichen gesetzlichen Voraussetzungen der Ehelichkeit erfüllt sind, die Absatz I Satz 1 aufstelle, auch die des ehelichen Verkehrs, dennoch unehelich ist"[4]).

An der Auslegung des „offenbar unmöglich" hat sich in der jüngeren und jüngsten Rechtsprechung des Reichsgerichtes im wesentlichen nichts geändert. „Die offenbare Unmöglichkeit setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts[5]) einen Tatbestand voraus,

1) Bd. 63, S. 72.
2) Staudinger § 1591 Anm. 5 für viele.
3) Warn. E. 1921, Nr. 17.
4) Vgl. auch Crome IV, S. 467; Greulich Diss. S. 22.
5) Warn. E. 1908 Nr. 220; 1912 Nr. 171; 1931 Nr. 144.

der für die Schlußfolgerung auf die Unehelichkeit derart zwingend ist, daß die Annahme des Gegenteils bei vernünftiger Erwägung als mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar erscheint“ [1]).

Das Reichsgericht hält im Interesse der Rechtssicherheit an dieser Auslegung fest. Allerdings mildert es seinen Standpunkt insoweit durch die Warnung vor überspitzten Auslegungen, um den Anforderungen einer Klärung der blutmäßigen Abstammung und der praktischen Vernunft zu genügen.

Das Reichsgericht warnt also vor einer Ueberspannung des Begriffes dahin, daß auch die entfernteste Möglichkeit der Vaterschaft die offenbare Unmöglichkeit ausschließe. Eine mathetische Sicherheit wird also nicht erfordert. Andererseits genügt nicht große Wahrscheinlichkeit. Doch eine solche Wahrscheinlichkeit, bei der begründete Zweifel nicht mehr bestehen, wird im Hinblick auf die erbbiologischen Nachweise in Zukunft als genügend erachten zu sein [2]).

Der erhöhten Bedeutung der Abstammung trägt das Reichsgericht Rechnung durch die Forderung alle erdenkbaren Erkenntnisquellen, wozu auch die Blut- und Erbuntersuchung gehören, für den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit voll auszuschöpfen.

Aus der Praxis des Beweises der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung seien wichtige Einzelfälle hervorgehoben:

1. Der Beweis aus bestehender Schwangerschaft während der ersten Beiwohnung. Entgegen dem die Unsicherheit der ersten Schwangerschaftsanzeigen betonenden Motiven [3]) dürfte dieser Nachweis beim Vorliegen sachverständiger Gutachten nicht auszuschließen sein [4]).

2. Der Beweis aus dem Reifegrad des Kindes. Es

---

1) RG. in Z. Ak. DR. 1937, 756.

2) Maßfeller in Z. Ak. DR. 1937, 757,

3) Mot. IV, 655.

4) Opet S. 19 Anm. 31; Staudinger § 1591, 5b; RGRKom. § 1591 Anm. 2; Planck § 1591 Anm. 2; Warn. E. 1931 Nr. 373.

sind vor allem die Fälle, wenn etwa 300 Tage nach Auflösung der Ehe ein 7 Monatskind oder 190 Tage nach Eheauflösung ein vollreifes Kind geboren wird. Naturgemäß wird sich nur bei krasseren Differenzen ein Zweifel an der Ehelichkeit ergeben. Die Unsicherheit der Berechnungen aus dem Reifegrad wird den Richter zu eingehender Heranziehung von Sachverständigen und besonders strenger Prüfung veranlassen. Der Nachweis wird von der überwiegenden Meinung anerkannt[1]).

Von medizinischer Seite wurde dieser Nachweis angegriffen durch Forschungen Zangenmeister's[2]); über den Reifegrad des Kindes sei ein sicherer Nachweis nicht zu gewinnen, weil dieser von der Größe des Kindes abhänge, dergestalt, daß bei gleicher Schwangerschaftszeit ein kleines Kind einen reiferen Eindruck mache als ein größeres[3]). Jedoch erscheinen die Beobachtungen Zangenmeister's zu selten und zu wenig allgemeingültig zu sein, um als naturwissenschaftliche Norm den Beweis der Unmöglichkeit aus dem Reifegrad des Kindes auszuschließen. Das Gesetz muß den Durchschnitt einer mittleren Norm als Maßstab nehmen, um die Fülle der Lebenserscheinungen meistern zu können. Sache der richterlichen Gesetzesanwendung ist es, Grenzfälle zu erfassen und ihnen gerecht zu werden.

3. Der Beweis aus der Rasseverschiedenheit. Das berühmte Beispiel des Mulattenkindes hatte in der ganzen Literatur Aufnahme und Anerkennung gefunden[4]). Durch die nat. soz. Rassegesetzgebung hat diese Frage erst heute akutere Bedeutung gewonnen. Es bleibt aber zu

---

1) Staudinger § 1591, 5b δ; RGRKom. § 1591 Anm. 2; Opet, S. 19; Engelmann Bd. 63, S. 73; Kipp S. 291; Crome, S. 467; Anm. 45; RG. in ständiger Rspr.: Gruch. 48, 965ff.; Seuff. Arch. 65, 327; JW. 1904, 236; JW. 1910, 977; Warn. E. 1920 Nr. 26; a. A. Endemann, S. 526 Anm. 26; „nur in Verbindung mit Abwesenheit des Ehemannes ergebe sich ein zuverlässiger Schluß; Matthias S. 630.

2) JW. 1924, 1709.

3) Vgl. auch Opet S. 19/20 Anm. 32; Schmidt Diss. S. 44.

4) Opet S. 19; Staudinger § 1591 5b γ; Planck § 1591 Anm. 2; RGRKom. 1591 Anm. 2.

beachten, daß nur starke Merkmale nichtarischer Rasse, die gerade beim Säugling noch wenig scharf hervortreten, den Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung in brauchbarer Weise erhärten können.

4. Der Beweis aus der Aehnlichkeit, aus physiologischen Merkmalen. Dieser wurde vor einigen Jahren noch allgemein abgelehnt[1]). Der Aehnlichkeitsnachweis nach erbbiologischen Merkmalen hat kraft der Fortschritte der Vererbungswissenschaft steigende Beachtung gefunden und gilt heute, wo nicht als einziges, so doch als wichtiges ergänzendes Beweismittel (siehe § 7).

5. Der Beweis aus der Impotenz des Mannes. Es ist zu unterscheiden zwischen absoluter Impotenz-Beischlafsunfähigkeit (impotentia coeundi) und zwischen relativer Impotenz-Erzeugungsunfähigkeit (impotentia generandi).

Schon im gemeinen Recht herrschte heftiger Streit ob das Wort „infirmitas“ der berühmten Quellenstelle 1. 6, D. de stat. hom. 1,6 im Sinne absoluter oder relativer Impotenz gedeutet werden solle. Die Anerkennung des Beweises auch aus relativer Impotenz setzte sich durch[2]).

Die absolute Impotenz gleich Beischlafsunfähigkeit (Verletzung, Kastration, Krankheit) ist in der Mehrheit der Fälle geeignet, schon die Beiwohnungsvermutung zu entkräften.

Die relative Impotenz gleich Erzeugungsunfähigkeit soll die Kausalitätsvermutung entkräften. Trotz des schwierigen Nachweises der Erzeugungsunfähigkeit ist heute der Nachweis aus der relativen Impotenz fast allgemein anerkannt[3]). Wie streng aber die Grenze zwischen Sicherheit und Unsicherheit beim Unmöglichkeitsbeweis gezogen wird, beleuchtet eine Entscheidung des Reichsgerichts[4]), wonach die Möglichkeit einer anormalen Schwä-

1) Staudinger § 1591, 5b γ für viele.

2) Windscheid I, § 56b Note 2; Stobbe, IV, S. 376.

3) Staudinger § 1591, 5b β; Planck § 1591, Anm. 2; RGRKom. § 1591 Anm. 2.

4) Warn. E. 1951 Nr. 144.

che der lebenden Samenfäden und ihre Vernichtung durch den weiblichen Drüsenleim gegenüber der festgestellten Zeugungsfähigkeit des Klägers nicht ausreicht, um den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung zu erbringen.

Ein sicherer Nachweis der Erzeugungsunfähigkeit wird heute beim erbkranken Mann gegeben sein, durch die mittels chirurgischen Eingriffs erfolgte Sterilisierung (Sterilisationsgesetz vom 14. Juli 1933 §§ 1, 11).

In diesen Zusammenhang gehört der Nachweis ständiger Anwendung empfängnisverhütender Mittel und der unterbliebenen immissio seminis. Eine absolute Sicherheit der Unmöglichkeit der Erzeugung ist damit nicht zu erbringen; doch ist dieser Nachweis in Verbindung mit anderen als Beweismittel zu verwerten[1]).

Es bedarf keiner Eröterung, daß diese Beweismöglichkeiten, sofern nicht einzeln, so doch in Verbindung[2]) die Kausalitätsvermutung widerlegen können, und daß diese hier getrennten Nachweise in der Praxis ineinanderübergehen und sich stützen.

Es wurden theoretisch geschieden zwischen Widerlegung der Beiwohnungsvermutung und Widerlegung der Kausalitätsvermutung. Diese theoretische Scheidung verbietet nicht die Widerlegung der Beiwohnungsvermutung praktisch auch die Kausalitätsvermutung entkräften zu lassen. Entfällt die Ehelichkeitsvoraussetzung der Beiwohnung, dann ist auch die in dieser Voraussetzung enthaltene Kausalitätsvermutung widerlegt. An dieser Stelle überschneiden sich die Widerlegungen der beiden Vermutungen. Es wäre nicht sinngemäß die nach § 1468 des Entwurfs I einzige Widerlegungsart der Kausalitätsvermutung für den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung nicht zur Anwendung zu bringen[3]).

---

1) RGRKom. § 1591 Anm. 2; Staudinger 1591, 5b β; strikt ablehnend hinsichtlich der emmissio seminis; Opet S. 20.

2) Staudinger § 1591, 3b ε.

3) Vgl. Staudinger § 1591, 5a; Engelmann Bd. 63, S. 70ff.; Opet S. 20.

Die vom Reichsgericht geforderte volle Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen für den Unmöglichkeitsbeweis führt uns zu den neuesten dieser Art der Erb- und Blutgruppenuntersuchung, die eine besondere Bedeutung für die Klärung der blutmäßigen Abstammung haben.

§ 7. Blutgruppen- und Erbuntersuchung klären die Blut-Abstammung

Die möglichste Klarheit der Abstammung — das leitende Motiv der nat. soz. Rassegesetzgebung, wie des Familienrechtsgesetzes vom 12. April 1938 im besonderen — müßte vielfach eine utopische Forderung bleiben, wenn nicht die medizinische Wissenschaft Methoden zur Verfügung gestellt hätte, die den Beweis der Abstammung wesentlich eindeutiger zu erbringen vermögen, als es mit den rein prozessualen Beweismitteln möglich ist. Blutgruppenuntersuchungen und Vergleichung erbbiologischer Merkmale sind diese Methoden.

Die wesentlich von Schiff[1]) ausgearbeitete und eingeführte Methode der Blutgruppenbestimmung hat sich nach zähem Kampf — ein Hauptforum bildete der 8. Zivilsenat des Kammergerichts[2]) — die nahezu allgemeine Anerkennung von Rechtsprechung und Literatur[3]) erworben als geeignetes Mittel die Unmöglichkeit der Empfängnis von einem bestimmten Mann nachzuweisen. Nicht ermöglicht der Blutgruppenbeweis den positiven Nachweis der Abstammung von einem bestimmten Mann, doch mit Sicherheit den Ausschluß eines bestimmten Mannes von der Erzeugerschaft. Daran wird nicht mehr gezweifelt[4]).

Letzte Bedenken an den Beweiswert der Blutgruppenbestimmung hat AV. des RJM. vom 10. August 1936[5])

1) JW. 1927, 1186 u. a.

2) Caro, Blutprobe und Kammergericht, JW. 1929, 2227; JW. 1930, 1605.

3) OLG. Jena in DJ. 1937, 588; Weber, Rund um den Blutgruppenbeweis, DJ. 1938, 783ff. mit Literatur.

4) Maßfeller, DJ. 1937, 1144.

5) DJ. 1936, 1221.

beseitigt. Sie macht sich einen vom früheren Reichsgesundheitsrat veranlaßten Bericht aus dem Jahre 1929 zu eigen, in welchem es heißt: „Nach Ansicht der Sachverständigen ist die Blutgruppenbestimmung ein zuverlässiges Untersuchungsverfahren. In manchen Fällen kann durch die Blutgruppenbestimmung eine Klarstellung herbeigeführt werden, die durch ein anderes Verfahren nicht zu erreichen wäre . . . . Die Sachverständigen wollten ausdrükken, daß das Verfahren ausreichende Sicherheit besitze, um im gegebenen Falle die Forderung des „offenbar unmöglich" im Sinne der §§ 1591 und 1717 zu erfüllen.

Um letzte Bedenken gegen etwaige Fehlschlüsse aus Sorgfaltsmängeln auszuräumen, hat ein gemeinsamer Runderlaß des RIM. und des RMdI. vom 26. Mai 1937 [1]) Maßnahmen angeordnet, die die möglichste Garantie zur Vermeidung technischer Fehler des Untersuchungsverfarens geben. Der Runderlaß erging „im Hinblick auf die schwerwiegende Bedeutung, die den durch die Blutgruppenbestimmung zu erhebenden Befunden in Zivil- und Strafsachen in immer steigendem Maß zukomme".

Das Reichsgericht hatte gegenüber dem Blutgruppenbeweis schon in früheren Jahren eine bejahende Stellung eingenommen [2]).

In neuerer Zeit bestätigt es diese Stellungnahme: „Es besteht jedenfalls durchaus kein Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Ergebnisse der Blutuntersuchung in Bezug auf die aus ihnen und aus der Vererbungslehre zu ziehenden Folgerungen unzuverlässig wären, wenn die Untersuchungen mit der erforderlichen peinlichen Sorgfalt und Genauigkeit vorgenommen worden sind" [3]).

Eine sozusagen abschließende Wertung auch hinsichtlich der immer noch angezweifelten Blutfaktoren M und N gibt das Reichsgericht in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 12. April 1938 (4 D 180/38) [4]) an-

1) DJ. 1937, 1134ff.
2) HRR. 1930 Nr. 1618; 1933 Nr. 354; RGSt. 64, 161.
3) RG. in JW. 1936, 259; vgl. auch RG. in JW. 1935, 543.
4) S. Fränkischer Kurier 1938, Nr. 142/43.

läßlich eines Meineidsprozesses. Die Lehre von der Verwertung der Blutfaktoren M und N und damit die Möglichkeit die Erzeugung eines Kindes von einem bestimmten Manne durch die Blutfaktorenuntersuchung auszuschließen, habe als eine gesicherte naturwissenschaftliche Erkenntnis zu gelten. Eine Abweichung von diesem als sicher anerkannten Satz der Wissenschaft müsse das Gericht auf wissenschaftlich begründete Gegenmeinungen stützen. Zweifel des Richters dürften nicht zur Nichtbeachtung wissenschaftlicher Grundsätze oder zur geringeren Beweiswertung führen.

Nach der reichsgerichtlichen Auffassung steht somit die Blutgruppenbestimmung in ihrem objektiven Beweiswert hinter keinem anderen Beweismittel zurück[1]).

Neben den Blutgruppenbeweis tritt in immer stärkeren Maßen die erbbiologische Untersuchung. Begründet auf die Ergebnisse der Vererbungswissenschaft werden aus dem Vergleich vererblicher körperlicher Merkmale Schlüsse auf die Abstammung von einem Menschen gezogen. Nur die vergleichende Untersuchung einer ganzen Reihe von Merkmalen, wobei den schon beim Kleinkind festgeprägten Merkmalen des Ohres, sowie der Hand- und Fingerleisten besondere Bedeutung zukommt, kann im Rahmen des Gesamtbildes die Grundlage der Vaterschaftsdiagnose bilden[2]).

„Anders wie die Blutgruppenbestimmung, die ja einen sicheren Beweis erbringt, kann ein erbbiologisches Gutachten in der Regel nur eine behauptete Abstammung mehr oder weniger wahrscheinlich machen“[3]). Hierin liegt vorläufig noch die Grenze dieses Verfahrens; sein Beweiswert ist aber damit nicht in Frage gestellt.

In einer AV. des RIM. vom 27. März 1936[4]) ist anerkannt, daß „die erb- und rassenkundliche Untersuchung der Beteiligten in vielen Fällen, die sich auf andere Weise

1) Weber, DJ. 1938, 787 VII.
2) Maßfeller, JW. 1938, 1282.
3) Maßfeller, Anm. zum Urteil LG. Koblenz in DJ. 1936, 1537.
4) DJ. 1936, 533.

nicht oder nicht ausreichend klären lassen, wertvolle Erkenntnisse vermitteln kann." Durch die in derselben AV. getroffene Bestimmung verschiedener Universitätsinstitute als ausschließlicher Untersuchungsstätten (erb- und rassenhygienische Institute) ist die Garantie für technische und wissenschaftliche Vollkommenheit des Verfahrens gegeben.

Es ist die Ehre des Reichsgerichts durch seinen starken Eintritt die Gerichte zur Anwendung der Erb- und Blutuntersuchung in immer weiterem Maße zu erziehen. „Es steht jetzt außer Zweifel, daß es sich bei der erbbiologischen Untersuchung um eine taugliche Erkenntnisquelle handelt", weshalb die unterlassene Heranziehung eines erbbiologischen Gutachtens zu rügen sei[1]), die unter Umständen die Ausschließung des Beklagten als Erzeuger hätte erweisen können[2]).

Gerade die Tatsache, daß die Blutgruppenuntersuchung nichts Entscheidendes ergeben habe, könne die Vornahme einer erbbiologischen Untersuchung als angezeigt erscheinen lassen.

„An den strengen Anforderungen hinsichtlich des Beweises der offenbaren Unmöglichkeit im Sinne von § 1591 I Satz 2 sei festzuhalten auch angesichts der Bedeutung der Abstammung und der aus ihr folgenden Sippenzugehörigkeit ... Die Wichtigkeit der Abstammung gebiete aber andererseits, daß bei der Erforschung, ob eine offenbare Unmöglichkeit vorliegt, jede Erkenntnisquelle, die dem Gericht entsprechend prozeßrechtlicher Vorschriften zugänglich ist, voll ausgeschöpft wird"[3]).

Eine volle Auswertung der Blut- und Erbuntersuchung mußte vielfach scheitern an der gesetzlichen Unmöglichkeit einen Untersuchungszwang auf Parteien und Zeugen auszuüben. Hier wird durch § 9 FamRG. Abhilfe geschaffen: in Anlehnung an § 81 a StPO. wird die Duldungspflicht

1) RG. in DJ. 1937, 1781.

2) RG. in JW. 1937, 2222.

3) RG. in DJ. 1937, 670; vgl. auch OLG. Marienwerder in DJ. 1937, 1746; LG. Koblenz in DJ. 1935, 1008.

von Parteien und Zeugen gegenüber erb- und rassekundlichen Untersuchungen, insbesondere zur Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung gesetzlich festgelegt[1]).

Nur triftige Gründe berechtigen nach § II, FamRG. zur Verweigerung der Untersuchung. Gesundheitsgefährdung ist ein solcher Grund[2]), doch nicht der einzige wie in § 81a II StPO. Auch andere schwerwiegende Gründe kommen in Frage; ein gesetzlicher Hinweis diese dem Zeugnisverweigerungsrecht zu entnehmen ist nicht gegeben[3]).

Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung entscheidet das Gericht durch Beschluß; dagegen steht die sofortige Beschwerde dem zu Untersuchenden zu bei Weigerungsablehnung, den Parteien bei Weigerungsanerkennung.

Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung[4]) abweichend von § 24 I FGG. auch im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren zur Feststellung der blutmäßigen Abstammung[5]).

Beschwerde und etwa zulässige weitere Beschwerde richten sich nach ZPO. oder FGG., je nachdem in welchen Verfahren der Beschluß ergangen ist[6]).

Die Anwendung unmittelbaren Zwanges, insbesondere die zwangsweise Vorführung zur Untersuchung ist erst möglich, wenn die Anordnung zur Untersuchung in

---

1) Die Rspr. des österr. OGH. hatte sich unter dem Einfluß Sperls schon 1927 einer Duldungspflicht der Mutter zur Blutentnahme zugeneigt, „da jeder Mensch als Genosse der staatlichen Rechtsgenossenschaft verpflichtet sei an den genossenschaftlichen Einrichtungen — hier zustandebringen eines wahren Richterspruches — mitzuwirken, wenn nicht höher zu wertende Interessen seiner Person dadurch bedroht seien." Sperl DJZ. 1927, 1527.

2) Baumbach § 644 Anh., 3 A; Günther, Rpf. 1938, 168 C; Ficker, ZAkdR. 1938, 329.

3) Ficker, a.a.O.; a. A. Günther a.a.O.

4) Baumbach § 644 ZPO. Anh., 3 B; Maßfeller JW. 1938, 1282; a. A. Günther Rpfl. 38, 168 C.

5) Maßfeller a.a.O.

6) Günther a.a.O.

Rechtskraft erwachsen ist[1]). Da die Beschlüsse des OLG. nach § 567 III ZPO. unanfechtbar sind, ist unmittelbarer Zwang in diesem Falle sofort nach dem Beschluß anwendbar.

Zur Anwendung kommt die Erb- und Rasseuntersuchung nach § 9 I FamRG. nur in familienrechtlichen Streitigkeiten und nur, soweit sie zum Nachweis der Abstammung erforderlich ist[2]).

Nach diesen beiden Indizien kommen solche Streitigkeiten in Frage, in denen die Abstammung eigentlicher Streitgegenstand oder Vorfrage eines Streites ist: Anfechtung der Ehelichkeit, Feststellung der Vaterschaft, Feststellung der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe (§ 31 I n. PersStG.) doch auch im Alimentenprozeß gegen den außerehelichen Erzeuger[3]), in Eheprozessen[4]), auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit[5]); auch bei Erbstreitigkeiten, die von der Abstammung beeinflußt werden, wird die Untersuchungspflicht zu bejahen sein[6]). Aus dem Geist des Gesetzes heraus, die Abstammung allgemein gültig zu klären, wird man nicht an dem Begriff „familien"-rechtliche Streitigkeit hängen bleiben dürfen, um die Bildung eines sozusagen schwächeren Abstammungsbegriffes für erbrechtliche Streitigkeiten zu vermeiden. Auch hier ist das minimale Interesse der Privatpersonen an der körperlichen Integrität nicht von schutzwürdiger Bedeutung und die Klärung der Abstammung das wirklich Wichtige[7]).

Die erb- und rassenkundliche Untersuchung kommt nur zur Anwendung, soweit es zur Feststellung der Abstammung notwendig ist, nicht also wenn die Abstammung anderweit hinreichend geklärt ist. Das wird nicht

1) Maßfeller a.a.O.; Baumbach § 644, ZPO. Anh. 3B.
2) Begr. S. 621 zu Art. 3.
3) Begr. S. 621 zu Art. 3; Günther a.a.O.; Maßfeller a.a.O.
4) Baumbach § 644 ZPO. Anh., 2a.
5) Maßfeller a.a.O.; Günther a.a.O.
6) Seibert, ZAkdR. 1938, 553; Günther a.a.O.; a. A. Maßfeller a.a.O.
7) RG. in DJ. 1937, 620.

oft der Fall sein, sodaß praktisch diese Untersuchungen selten entbehrlich sein werden. Die Gefahr überflüssiger Anträge auf eine solche Beweisaufnahme[1]) wird gebannt durch die Entscheidungsmacht des Gerichtes über die Notwendigkeit des Beweises. Erfolgt die erb- und rassenkundliche Untersuchung auf Anordnung des Gerichtes, wie es nach § 7 I FamRG. möglich ist, dann ist ohnehin die Garantie gegen überflüssige Beweisanträge gegeben.

Dritter Teil.

Anfechtung des ehelichen Familienstandes — ein Weg zur Uebereinstimmung von Blut-Abstammung und Familienordnung.

§ 8. Die Anfechtung der Ehelichkeit im Ueberblick.

Es muß eine rechtliche Möglichkeit geben um zivile Rechtslagen, deren Entstehung oder Geltung in empfindlicher Weise dem öffentlichen oder privaten Interesse widerstreitet, in der Rechtswelt wirkungslos werden zu lassen. Die Rechtsordnung des BGB. spricht von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften.

Nichtigkeit liegt vor, wenn der Widerstreit mit dem öffentlichen Interesse verlangt, daß die in dem Rechtsgeschäft geplante Rechtswirkung garnicht zur Entstehung gelangt.

Anfechtbarkeit liegt vor, wenn bei Widerstreit mit dem privaten Interesse die Möglichkeit gegeben ist, die an sich zur Entstehung gelangte und gültige Rechtswirkung wieder zum Untergang zu bringen.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit werden im Allgemeinen Teil bei Rechtsgeschäften (§§ 134ff.; 142ff.) behandelt. Die Normen des Allgemeinen Teils sind als Allgemeinnormen für das ganze Gesetz gültig.

1) Vgl. Baumbach § 644 Anh. 2, b, der die subsidiäre Natur dieser Methoden zu stark betont.

Das Familienrecht kennt nichtige und anfechtbare Ehen (§§ 1323ff.; 1330ff.), nichtige und anfechtbare eheliche Kindschaftsverhältnisse (§§ 1699 I, II; 1699 III und §§ 1591ff.). Die Eheschließung ist, wie die herrschende Meinung im Anschluß an § 1317 annimmt, ein familienrechtlicher Vertrag, also ein Rechtsgeschäft, das durch seine familienrechtliche Auswirkung den Begriffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einen besonderen Charakter gibt.

Die eheliche Kindschaft ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtsverhältnis, das sich an eine durch biologische Geschehnisse entstandene Beziehung von Personen knüpft. Die biologische Grundlage verbietet es nicht, die vom Allgemeinen Teil zur Verfügung gestellten Begriffe anzuwenden, bedingt aber wiederum die Eigenart der hier vorliegenden Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Die Grundsätze, nach denen die Anfechtbarkeit der Ehe geregelt wurde, kehren zum großen Teile bei der Anfechtbarkeit der Ehelichkeit wieder.

Nichtige Ehelichkeit ergibt sich in den Fällen der Putativehe bei Bösgläubigkeit beider Elternteile (§ 1699 I) — in den Fällen der Nichtehe (§ 1699 II) — in den Fällen der Namensehe (§ 1699 III mit § 1325a).

Die anfechtbare Ehelichkeit nach §§ 1591ff. ist Gegenstand der Untersuchung.

Der Begriff Anfechtung weist auf ein Etwas im rechtlichen Raum, eine Rechtswirkung, die durch die Anfechtung hinfällig wird. Dieses Etwas ist die eheliche Kindschaft, die durch die Voraussetzungen der §§ 1591, 1592 bestimmt wird. Das Anfechtungsrecht — ein negatives Gestaltungsrecht in der Gruppe der Rechte des rechtlichen Könnens — gibt die Macht eine Rechtsänderung herbeizuführen. Die Ausübung dieser Macht vollzieht sich bei Rechtsgeschäften nach § 143 I durch formlose Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Anders im Kinderschaftsrecht. Hier ist ein Familienstand der Gestaltungsmacht unterworfen, also eine strengere Form geboten: bei Lebzeiten des Kindes die Anfechtungsklage des Ehemannes oder des

Staatsanwalts (§§ 1596, 1595a), nach dem Tode des Kindes die öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1597).

Das Anfechtungsrecht des Mannes ist gebunden an Jahresfrist, seitdem er die Kenntnis der Umstände erlangt hat, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen (§ 1594 in Fassung des § 4 FamRG). Fristablauf bringt das Recht zum Erlöschen. Unbefristet dagegen ist das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts (§ 1595a in Fassung des § 5 FamRG.).

Das Anfechtungsrecht des Mannes ist höchstpersönlich, es kann nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden; deshalb ist Träger auch der beschränkt geschäftsfähige Mann, wobei die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich ist (§ 1595 I). Nur beim voll geschäftsunfähigen Mann ist die Ausübung des Anfechtungsrechts dem gesetzlichen Vertreter übertragen (§ 1595 II).

Der mit Sachurteil endende Anfechtungsprozeß stellt die Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Kindes mit Wirkung für und gegen alle fest (§ 643 ZPO.). Der Anfechtungsprozeß ist ein Statusprozeß, das Verfahren ist, wie in Ehestandssachen, charakterisiert durch einen starken öffentlich-rechtlichen Einschlag (§§ 641 I, 606 ZPO; § 7 III FamRG.).

Erst nach erfolgter Anfechtung durch Ehemann oder Staatsanwalt ist die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes durch jeden Dritten möglich (§ 1593 in Fassung des § 3 FamRG.). Dritte in diesem Zusammenhang sind auch Ehemann und Staatsanwalt. Primär ist also das Anfechtungsrecht, subsidiär das Geltendmachungsrecht, das im Feststellungsverfahren nach §§ 256, 644 ZPO. durchgeführt werden kann. Ein schwächeres Interesse der Allgemeinheit läßt in diesem Fall ein Urteil mit allgemein bindender Kraft entbehrlich erscheinen. Das im Feststellungsverfahren ergangene Urteil wirkt nur zwischen den Parteien.

§ 9. Das Anfechtungsrecht des Mannes.

Im gemeinen Recht war noch lebhaft umstritten, wie weit der Kreis der anfechtungsberechtigten Personen zu ziehen sei. Der alle Individualrechte fördernde Einfluß der französischen Revolution konnte nicht unbemerkt bleiben in dem Sinne, daß ein Entscheidungsrecht des Kindes über seinen Familienstand in immer stärkerem Maße gefordert wurde. Die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes[1]) bestätigte diese Tendenz durch ausdrückliche Anerkennung der aktiones de filiatione affermati va et negativa. Trotz zahlreicher Variationen in den Auffassungen konnte von einem Anfechtungsmonopol des Mannes keine Rede sein, sondern mußte als regelmäßig die Auffassung gelten, daß anfechtungsberechtigt jeder sei, „der ein Interesse an der Feststellung des Status des Kindes darzutun vermag“[2]).

Das Preußische Allgemeine Landrecht sprach in seinem Teil II 2 §§ 2—18 von dem Anfechtungsrecht des Ehemannes, seiner Verwandten und der Lehens- und Fideikommißanwärter. Obwohl ein Anfechtungsrecht anderer Personen nicht ausdrücklich ausgeschlossen war, so trat doch aus den Materialien die Tendenz des ALR. hervor eine sichere Feststellung des Familienstandes zu ermöglichen[3]). Das Reichsgericht erkannte in der genannten Entscheidung vom Standpunkt des Preußischen Rechts aus die Stellung des Preußischen Obertribunals an, die dem Kinde die negative Filiationsklage verweigerte. Der Standpunkt des preußischen Rechts kam also einem Anfechtungsmonopol des Ehemannes sehr nahe.

Auch das französische Recht kannte im Code civiles Art. 312—18 ein primäres Anfechtungsrecht des Mannes.

Es bestand Veranlassung auf die preußische und französische Gestaltung hinzuweisen, da sie für die Stellung des BGB. entscheidend wurden.

Das Primat des ehemännischen Anfechtungsrechtes

1) RG. 18, 184.
2) Engelmann Bd. 59, S. 87.
3) RG. 26, 306.

ergab sich aus § 1593 a. F. Darnach war die ehemännliche Anfechtung nicht nur Voraussetzung jedweder Geltendmachung der Unehelichkeit, sondern weitergehend war der Ehemann unumschränkter Herr über den Familienstand des Kindes dergestalt, daß er durch bewußte Fristversäumnis (§ 1594), wie durch Anerkennung (§ 1598 a. F.) Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Ehebruchkindes nach Belieben bestimmen konnte.

Dieses Primat erklärte sich nach den Motiven[1]) dahin: der Hinweis auf das in weiten Gebieten Deutschlands geltende preußische und französische Recht war den Vätern des BGB. ebenso maßgebend wie andererseits die einheitliche Gestaltung der ehelichen Kindschaftsverhältnisse und die Wahrung des Familienfriedens. „Da der Ehemann als Haupt der Familie zunächst und vorzugsweise durch die Frage berührt wird, ob das Kind ein eheliches oder uneheliches ist, so liegt es zudem nahe, ihm als den zunächst Beteiligten, als iustus contradictor, gewissermaßen als dem natürlichen Vertreter der übrigen Familienglieder die Entscheidung zu überlassen, ob das Kind als eheliches gelten soll oder nicht." Weiterhin sei die Gefahr, daß durch wissentliche Anerkennung eines tatsächlich unehelichen Kindes und die damit verbundene Personenstandsveränderung die Rechte Dritter benachteiligt würden, geringer anzuschlagen als die Gefahren, die der Ehre und dem Frieden der Familie aus einer späten Enthüllung ehelicher Geheimnisse durch unbeteiligte Dritte drohen.

Das Primat des ehemännischen Anfechtungsrechts war Gegenstand lebhafter Angriffe in der II. Kommission; die Erweiterung des Anfechtungsrechtes auf das Kind, die Ehefrau und interessierte Dritte wurde gefordert[2]). Schwere Verstöße gegen die Gerechtigkeit seien mit dem Anfechtungsmonopol des Mannes verbunden, wenn auch Eindeutigkeit der Ehelichkeit und Rechtssicherheit durch die geplante Regelung gefördert werde. Die Vorteile der

1) Mot. IV, 659 ff.
2) Prot. IV, 466 ff.

Ehelichkeit könnten aber unter Umständen sehr gering sein im Verhältnis zum Verlust von Ansprüchen gegen den wirklichen Erzeuger.

Diese einleuchtenden Einwände scheiterten an der Mehrheitsauffassung der Kommission, die sich hinter einer geradezu atavistischen Begründung verschanzte: „Nach der Auffassung des deutschen Rechtes stehe vielmehr dem Manne die rechtliche Gewalt über die in der Ehe geborenen Kinder zu und diese erstrecke sich auch auf den Personenstand. Diese Verfügungsmacht des Mannes dürfe nicht im Hinblick auf etwaigem Interesse des Kindes und der Frau oder Dritter verkümmert werden [1])".

Das einseitige Anfechtungsrecht des Mannes fand also Eingang in das BGB. Diese immer wieder als mißlich erkannte Regelung konnte die Kritik nicht ruhen lassen [2]). Opet wendet sich entrüstet gegen die charakterisierte deutsch-rechtliche Auffassung, die direkt einen Schacherhandel des Ehemannes begünstigte, um Schweigegeldes willen den Mantel der Ehelichkeit über das Ehebruchskind zu halten. Die Fälle waren tatsächlich nicht so selten, in denen das Ehelichkeitsdogma Geldgeschäfte unter dem Schild „Familienfrieden" förderte.

Verschiedene Reformvorschläge zu einer Erweiterung des Anfechtungsrechtes — zur Abstellung dieser Mißstände — wurden im Laufe der Jahre laut, besonders in den Entwürfen der Jahre 1925 und 1929 [3]). Eine Erweiterung des Anfechtungsrechtes hat aber erst durch den nat. soz. Gesetzgeber gesetzliche Gestalt gewonnen.

Waren die Gedanken der früheren Kritiker davon bestimmt, dem Kinde vermögensrechtliche Nachteile zu ersparen oder sein persönliches Recht auf Bestimmung des wahren Familienstandes nicht zu schmälern, so war für den nat. soz. Gesetzgeber die Klarheit der Abstammungs- und Erbgesundheitsverhältnisse das maßgebende

1) Prot. IV, 467.

2) Opet S. 22; Eck „Vorträge" Bd. II, S. 470.

3) Vgl. RArbBlatt 1925, 459; Brandis „Gesetzentwurf über das Unehelichen Recht und seine Probleme 1929".

Motiv[1]). Neben das Anfechtungsrecht des Mannes tritt nach § 1595 in Fassung von § 5 FamRG. das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts, das in § 14 dieser Arbeit Gegenstand eingehender Untersuchung sein wird.

Das Gefühl für den Zwiespalt zwischen der blutmäßigen Abstammung und den aus dem Anfechtungsmonopol des Mannes sich ergebenden Folgen war auch den Vätern des BGB. nicht völlig verloren gegangen. Auf dem Gebiete des landwirtschaftlichen Großgrundbesitzes widersprach ein solcher Zwiespalt am stärksten der von dem Gedanken des Blutzusammenhangs geleiteten Tradition. Deshalb wurde in Art. 59 EGBGB. ein landesrechtlicher Vorbehalt vorgesehen, der den Ländern auf dem Gebiete des Lehens und Fideikommissrechtes eine abweichende Regelung der Ehelichkeitsanfechtung ermöglichen sollte. Kraft dessen behielt Preußen in Art. 89 Nr. 1 c seines AGBGB. das Lehens- und Fideikommissrechts seines ALR. II,2 § 17,18 bei. Darnach konnten Lehens- und Fideikommissanwärter binnen 3 Jahren nach dem Tode des angeblichen Vaters die Ehelichkeit des Kindes anfechten, soweit die Nachfolge in das Lehen- oder Fideikommiß davon abhing. Insoweit bestand keine Bindung an die Anfechtungsnormen des BGB.[2]).

Es ist ein Streit um Worte, ob man mit Planck[3]) annimmt, „daß das an sich eheliche Kind für die Lehens- und Fidei-Kommißnachfolge als uneheliches gelte „oder mit Dernburg[4]) betont, „daß das Urteil in der Lehens- oder Fideikommissache bezüglich der Rechtssachen anderer Art keine Rechtskraft habe".

Entscheidend für die heutige Erkenntnis ist, daß die blutmäßige Abstammung auf einem Spezialgebiet neben dem Ehelichkeitsprinzip sich behaupten konnte. Wenn auch durch die Auflösung der Fideikommisse (Auflösungsgesetze von 1920; Gesetz zur Vereinheitlichung der Fidei-

1) Begr. S. 619.
2) Leske Bd. II S. 837; Prot. IV, 606.
3) § 1593 Anm. 5.
4) Dernburg, FamR. § 67 Anm. 13.

kommißauflösung vom 26. Juni 1935 RGBl. I, 785) dieses Gebiet dem aktiven Interesse entrückt erschien, so trat die Wertung der blutmäßigen Abstammung im bäuerlichen Bodenrecht in § 25 II RERG. in veränderter Gestalt aufs neue in Erscheinung: Anerbe kann darnach auch der uneheliche Sohn des Bauern werden.

§ 10. Die Anfechtungsklage des Mannes.

Die dem Mann vom Gesetz zugewiesene Form zur Bestreitung der Ehelichkeit ist bei Lebzeiten des Kindes die Erhebung der Anfechtungsklage (§ 1596). Warum Klageform? Warum genügt nicht eine einfache Anfechtungserklärung?

Nach den Motiven[1]) dürfte die im öffentlichen Interesse in hohem Maße wünschenswerte einheitliche Feststellung des Statusverhältnisses des Kindes auf anderem Weg nicht erreicht werden, während durch die Klageform der Uebelstand der Relativität vermieden werde. Etwaige größere Kosten und Weitläufigkeiten und das Familieninteresse an der Geheimhaltung müßten gegenüber diesem Gesichtspunkt zurücktreten.

Der Gedanke der Einheitlichkeit erschien so einleuchtend, daß er ohne weiteren Widerstand in der II. Kommission[2]) gesetzliche Gestalt annahm in der formalisierten Anfechtungsform der Klage nach § 1596.

Die rechtliche Natur dieser Klage wird schon von den Motiven[3]) herausgestellt. Ihr Wesen erhellt sich aus den der gleichen Rechtslage entstammenden Bemerkungen der Motive zur Eheanfechtung: „Die Erhebung der Anfechtungsklage, durch welche die Anfechtung erfolgt . . . hat eine doppelte Bedeutung. Einerseits bildet sie den Anfechtungsakt und hat insofern einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Als Anfechtungsakt bewirkt sie, daß die Ehe (hier Ehelichkeit) materiell rückwärtshin vernichtet wird. Andererseits hat die Anfechtungsklage insofern die Natur

1) Mot. IV, 669.
2) Prot. IV., 474.
3) Mot. IV, 670.

einer Feststellungsklage, als in dem durch ihre Erhebung anhängig gewordenen Rechtsstreit festgestellt werden soll ob die Anfechtung begründet war oder nicht, ob mithin die Ehe (hier Ehelichkeit) besteht oder nicht.“ [1])

Aus der Doppelnatur der Anfechtungsklage ergeben sich wichtige Folgerungen.

Im Falle einer Klagezurücknahme wäre die Rechtslage die, daß infolge des Widerrufs der Klage in ihrer Eigenschaft als prozessualer Willenserklärung der Rechtsstreit nicht anhängig geworden ist (§ 271 III ZPO.) [2]). Dagegen blieb die Rechtswirkung des in der Klage liegenden materiellen Anfechtungsaktes in Kraft. Die weitere Folge wäre, daß kraft erfolgter Anfechtung jeder Dritte die Unehelichkeit gemäß § 1593 geltend machen könnte. Auf diese harmlose Weise, die sorgsam gehütete Ehelichkeit des Kindes dem offenen Ansturm der Drittinteressenten nach § 1593 preiszugeben, konnte nicht der Wille des Gesetzgebers sein. Deshalb wird durch § 1596 II ein Riegel vorgeschoben und der in der Klage liegende materielle Anfechtungsakt als nicht erfolgt betrachtet. Es besteht dieselbe Rechtslage, als wenn nichts geschehen wäre. Der Sinn des Gesetzes würde klarer zutage treten bei etwa folgendem Wortlaut: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist auch die materielle Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen.“

Durch die Klagezurücknahme erlischt also das Anfechtungsrecht des Mannes nicht [3]). Er kann jederzeit die Anfechtungsklage wieder erheben, soweit nicht das Anfechtungsrecht durch Zeitablauf erloschen ist.

Aus der Doppelnatur der Anfechtungsklage wäre weiter zu folgern, daß nach Klageerhebung und damit geschehenen materiellen Anfechtungsakt die Unehelichkeit des Kindes gemäß § 1593 von jedermann geltend ge-

1) Mot. IV, 85; ebenso Staudinger § 1596 Anm. 2; Planck § 1596 Anm. 1; RGRKom. § 1596 Anm. 1; Engelmann Bd. 63, S. 88 und andere.

2) Baumbach § 271 Anm. 1.

3) Prot. IV, 475 ff.

macht werden könnte. Es wäre nicht sinnvoll, wenn der auf eine Entscheidung mit allgemein bindender Kraft abgestellte Anfechtungsprozeß von allen Seiten von Feststellungsklagen überkreuzt werden könnte. Diese Möglichkeit ist ausgeschaltet durch die Bestimmung von § 2596 III: „Vor Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden." Nicht anderweit bedeutet auf keine andere Weise als in dem anhängigen Anfechtungsprozeß. Die Motive[1]) geben als Hauptgrund dieser Regelung an, daß die einheitliche Feststellung der durch die Ehelichkeit bezw. Unehelichkeit des Kindes bedingten Rechtsverhältnisse nicht leiden sollte.

Aus § 1596 III wird gefolgert: die Unehelichkeit kann vor rechtskräftiger Entscheidung nur in dem durch die Klage eingeleiteten Anfechtungsprozeß geltend gemacht werden. In allen anderen Beziehungen bleibt die eheliche Stellung des Kindes vollkommen unangetastet gegenüber jedem Dritten, aber auch gegenüber dem Mann und dem Staatsanwalt. Bis zur Erledigung des Anfechtungsprozesses hat also das Kind die Stellung eines vollehelichen mit allen sich ergebenden Konsequenzen; es untersteht der elterlichen Gewalt des Mannes, führt den Namen des Mannes und ist als ehelich im Geburtsregister eingetragen (§§ 1616, 1602 ff., 1627).[2])

Eine spezielle prozessuale Auswirkung dieser Regelung ist, daß die Unehelichkeit vor Erledigung des Anfechtungsprozeßes in einem andern Verfahren auch inzidenter nicht geltend gemacht werden kann, sodaß dieses andere Verfahren bis zur Erledigung des Anfechtungsprozeßes auf Antrag auszusetzen ist (§§ 153, 152 ZPO.) siehe aber § 155 ZPO.).

Was unter Erledigung des Rechtsstreites im Einzelnen zu verstehen ist, soll im späteren Zusammenhang noch erörtert werden.

Als sachlich legitimierte Parteien stehen im Anfech-

1) Mot. IV, 662 ff.

2) Staudinger § 1596 Anm. 4; Planck § 1596 Anm. 3; Kipp-Wolff S. 296; Opet S. 32 insbesondere Anm. 88; Engelmann Bd. 63, S. 89.

tungsprozeß auf der Aktivseite der Mann, auf der Passivseite das Kind.

Bei dem grundsätzlich höchst persönlichen Charakter des Anfechtungsrechts des Mannes (§ 1595 I, 1) war der Gesetzgeber nur zögernd bereit, die etwa notwendige Vertretung zu gestatten.

Grundsätzlich kann nach § 1595 I, 1 die Anfechtung nicht durch einen Vertreter erfolgen.

Der Ausschluß jeglicher Vertretung im Willen ergab sich schon aus dem Wortlaut des entsprechenden § 1474 des Entwurfs I: „Die Anfechtung ... kann nur durch den Ehemann selbst, nicht durch einen Vertreter, insbesondere auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen," ... „Die Vorschriften über den Anwaltszwang bleiben unberührt".

Eindeutig ergibt sich aus dieser Anziehung des Entwurfs I, daß durch § 1595 I, 1 nur die Vertretung im Willen, nicht aber die Vertretung mittels Anwälten in der Erklärung ausgeschlossen werden soll[1]).

Dem höchstpersönlichen Charakter des Anfechtungsrechts entspricht es, dasselbe dem beschränkt geschäftsfähigen Manne in vollem Umfang zu belassen (§ 1595 I, 2; § 641 II ZPO). Der Gedanke an eine Sphäre reiner Familienangelegenheiten — ein tabu für alle Außenstehenden — mag den Gesetzgeber mit bestimmt haben, den gesetzlichen Vertreter auszuschalten und die Gefahren, die aus den unkontrollierten Gestaltungsrechten eines durch Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht belasteten Mannes (§ 114) entstehen können, hintanzusetzen.

Zu gefährlich wäre die Anwendung dieser Methode bei voller Geschäftsunfähigkeit des Mannes. In dieser Erkenntnis gestattet das Gesetz — unter Aufgabe des Standpunkts von Entwurf I — eine Vertretung im Willen und die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter (§ 1595 II,1; § 641 Abs. 2 ZPO.) und hat darin keinen Widerspruch gefunden[2]).

1) Planck § 1595 Anm. 1.

2) Staudinger § 1595 Anm. 2; Planck § 1595 Anm. 2; RGRKom. § 1595 Anm. 1; Kipp-Wolff, S. 296; Opet S. 24; Goldmann, S. 214;

Der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Mannes ist bei Erhebung der Klage unabhängig von dem Einverständnis desselben, jedoch abhängig von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — eine Sicherung gegen einen Mißbrauch seiner Machtstellung (§ 1595 II,1). Diese Genehmigung ist zwingende Voraussetzung einer gültigen Anfechtung; die Genehmigung ist für beide Formen der Anfechtung, für die Anfechtungsklage (§ 1596), wie für die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1597) erforderlich.

Zur Deutung der rechtlichen Natur dieser Genehmigung sind die Vorschriften über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gegenüber einem Vormund aus der Gleichheit der Rechtslage heraus entsprechend heranzuziehen[1]). Die Genehmigung muß spätetens im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Klagerhebung vorliegen[2]). Fehlt die Genehmigung, so ist die in der Klage liegende materielle Anfechtung unwirksam (§ 1831). Ein Mangel der Genehmigung ist nach § 56 I ZPO. von Amtswegen zu berücksichtigen. Prozessual handelt es sich um eine unverzichtbare Prozeßvoraussetzung; jede mit dem Genehmigungsmangel behaftete Prozeßhandlung des gesetzlichen Vertreters ist schlechthin unwirksam[3]).

Der Zusammenhalt verschiedener Bestimmungen ergibt eine starke Schutzstellung des Vormundschaftsgerichtes, um Mißbräuche des gesetzlichen Vertreters bei Erhebung und Durchführung des Anfechtungsprozesses auszuschalten (§§ 1837, 1866).

Andererseits gewähren einen Schutz gegenüber willkürlichen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichtes die Rechtsmittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 19 FGG.)

Engelmann, Bd. 63 S. 86. Richtig erwähnt Planck a.a.O.: „Es wäre merkwürdig, wenn der gesetzliche Vertreter nach § 612 Abs. 2 ZPO. die Ehescheidung wegen Ehebruch, aber nicht die Feststellung der Unehelichkeit des Eheproduktes betreiben könnte".

1) Planck § 1833 Anm. 5.

2) Planck a.a.O.

3) Baumbach § 56, 2 B.

und die Bestimmungen des § 55 FGG., § 1847 BGB., § 27 FGG.[1]).

Berechtigt zur Anfechtung der Ehelichkeit ist nur der mit der Personensorge betraute gesetzliche Vertreter des Mannes. Nach der klaren Bestimmung von § 1911 I,1 kann der auf die Vermögenssorge beschränkte Abwesenheitspfleger das nicht sein. Zwar kann die Anfechtung der Ehelichkeit subsidiär vermögensrechtlichen Charakter tragen, primär bleibt es immer eine Angelegenheit des Familienstands[2]).

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der voll oder beschränkt geschäftsfähige Mann nach Erhebung der Anfechtungsklage geschäftsunfähig wird. Nach richtiger Ansicht ist diesenfalls zur Fortführung des Prozesses die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich. Durch den Willen des Mannes wurde das Anfechtungsverfahren in Lauf gesetzt; der gesetzliche Vertreter erledigt durch die Fortführung des Verfahrens nur die technischen Konsequenzen dieses gültigen Willensaktes[3]). Der Audruck „Erhebung der Klage" in § 641 Abs. 2 Satz 3 ZPO. (vgl. auch § 612 ZPO.) unterstreicht die Ansicht, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zwar für die Erhebung der Klage, aber nicht für die Fortführung des Verfahrens notwendig ist.

Der von der Natur gegebene Anfechtungsgegner des Mannes ist das Kind. Für die gesetzliche Vertretung des meist minderjährigen Kindes ist nach § 1909 Abs. I ein Ergänzungspfleger zu bestellen durch das Vormundschaftsgericht. Da dem Pfleger als gesetzlichen Vertreter des Kindes die Klage zuzustellen ist und die Erhebung der Klage gemäß § 253 I ZPO. nur durch Zustellung an den Beklagten erfolgen kann, ist der Ehemann selbst inter-

1) Vgl, Keidel § 27 Anm. 3 letzter Abschnitt; Staudinger § 1673 Anm. 6.

2) Die Vermögensschutzaufgabe des Abwesenheitspflegers betonen scharf: Staudinger § 1911, 3b; Planck § 1595, Anm. 2, § 1911 Anm. 1 und 3; RGRKom. § 1911 Anm. 2; Opet S. 23; RG. 126, 262.

3) Staudinger § 1595 Anm. 2b; RGRKom. § 1336 Anm. 4; RG. 86, 15. Ebenso wohl Planck § 1595 Anm. 4.

essiert die Aufstellung eines Pflegers beim Vormundschaftsgericht zu beantragen, sodaß eine diesbezügliche Schutznorn für das Kind entbehrlich erscheint.

Die Ergänzungspflegschaft nach § 1909 ist eine Einrichtung, die bestehender elterlicher Gewalt oder Vormundschaft in besonderen Fällen zur Seite tritt.

Bei bestehender elterlicher Gewalt des Vaters ist dieser an der Ausübung der gesetzlichen Vertretung wegen Interessenkollision rechtlich verhindert (§§ 1630 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181) — die gesetzliche Vertretung nimmt der Ergänzungspfleger wahr.

Bei bestehender Vormundschaft — die elterliche Gewalt ruht, ist verwirkt oder das Vertretungsrecht ist entzogen nach § 1773 — ist der Vormund der berufene gesetzliche Vertreter des Kindes im Anfechtungsprozeß, soferne ihm nicht das Vertretungsrecht entzogen und die Bestellung eines Pflegers veranlaßt ist (§§ 1796, 1909).

Ist die Mutter nach §§ 1684, 1685 Inhaberin der elterlichen Gewalt, so ist auch hier ein Pfleger zur Prozeßvertretung zu bestellen — die rechtliche Verhinderung infolge Interessekollision gilt auch für die Mutter (§§ 1686, 1630 II, 1795 II, 181)[1]).

Dem Einwand, daß in zahlreichen Fällen die Interessen von Mutter und Kind gleichlaufen werden, ist entgegenzuhalten: In Rücksicht auf die denkbaren Fälle in denen die Mutter eigennützige Absichten verfolgen könnte, ist es geboten die Vertretungsmacht im Anfechtungsprozeß in jedem Fall einem Pfleger zu übertragen.

Wichtig ist die Möglichkeit, die Mutter als Zeugin zu vernehmen, was — da sie nicht Partei — ohne weiteres zulässig ist; gemäß § 383 I Ziff. 3 und § 384 Ziff. 2 ZPO. steht ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Das Zeugnis der Mutter ist oft allein imstande die Beiwohnungsvermutung von § 1591 II, 1 zu klären. Die Beachtlichkeit dieses Zeugnisses zu bewerten, obliegt nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung dem Richter. Des-

1) Staud. § 1596, 3b; ebenso wohl Planck § 1596 Anm. 1.

halb ist es nicht anhängig von vornherein die Unbeachtlichkeit dieses Zeugnisses anzunehmen.

Durch den Eintritt als Nebenintervenientin — sofern die Voraussetzungen der §§ 66 ff. ZPO. gegeben sind — hat die Mutter Gelegenheit ihre und des Kindes Interessen im Anfechtungsprozeß des Mannes wahrzunehmen eine Möglichkeit, die ihr nach allgemeinen Grundsätzen auch im Anfechtungsprozeß des Staatsanwalts nicht verschlossen ist.

Die Anfechtungsklage ist bei dem für den Wohnsitz des Mannes zuständigen Landgericht zu erheben, da das Kind gemäß § 1596 III bis zur Erledigung des Rechtsstreits als ehelich gilt und den Wohnsitz des Mannes hat (§ 13 ZPO.; § 71 GVG.; § 11 BGB.)[1]). Eine Bestimmung des Gerichtsstandes durch den Wohnsitz der Mutter kann nicht angenommen werden etwa in der Erwartung, daß das als unehelich erklärte Kind den Wohnsitz der Mutter teilen werde[2]).

§ 11. Bedeutung der Anfechtungsfrist.

Dem Anfechtungsrecht des Mannes ist von dem Gesetzgeber eine Grenze gesetzt worden. Nur binnen Jahresfrist kann nach § 1594 a. und n. F. die Anfechtung vollzogen werden. Das gilt für beide Anfechtungsformen Klage und Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, auch nach der Neugestaltung[3]). Durch Zeitablauf erlischt das Anfechtungsrecht.

Unbefristet war die Anfechtungsbefugnis im gemeinen Recht. Demgegenüber hat sich das BGB. zu dieser Begrenzung entschlossen[4]), nicht unbeeinflußt von der Mehrheit der neueren Gesetzgebungen (Preußen, Sachsen, Oesterreich, Frankreich), in der Erwägung, daß die Ungewißheit über den ehelichen Familienstand eine allzu lange Dauer nicht vertrage und daß Mutter und Kind

1) Staudinger § 1596 Anm. 4; RGRKom. § 1596 Anm. 1 mit Rechtspr.; Kipp-Wolff S. 296 Anm. 27.

2) Kipp-Wolff, S. 296 Anm. 27; RG. 96, 70 ff.

3) Begr. S. 620 zu § 4.

4) Mugdan IV S. 53 und 355.

nicht ewig unter dem Damoklesschwert der väterlichen Anfechtungsmacht stehen könnten.

Der schon dem ALR. bekannten Jahresfrist wurde aus Gründen der Einfachheit der Vorzug gegeben. Die relativ lange Dauer eines Jahres findet ihre Begründung in dem Ausschlußcharakter der Frist. Eine Ausschlußfrist, die ein Recht untergehen läßt, muß bei Beachtung aller Lebensvarianten einen größeren Zeitraum zur Verfügung stellen [1]), als er gleichenfalls für eine Verjährungsfrist geboten wäre. Die Motive [2]) erklärten eine Verjährungsfrist sei nicht angebracht, weil es sich beim Anfechtungsrecht nicht um einen Anspruch handle und die nur eine verzichtbare Einrede erzeugende Verjährungsfrist mit dem Wesen der Ehe (hier Ehelichkeit) nicht vereinbar sei.

Demgemäß finden die Grundsätze über die Verjährung nach §§ 194ff. auf die Anfechtungsfrist keine Anwendung. Die Anwendbarkeit bestimmter Verjährungsnormen nach § 1594 III stellt eine Ausnahme dar, die den Grundsatz bestätigt.

Die Anfechtungsfrist ist als Ausschlußfrist im Prozeß von Amtswegen zu berücksichtigen.

Nach § 1594 in Fassuug von § 4 FamRG. ist nur das Anfechtungsrecht des Mannes befristet. Das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes nach § 1595a in Fassung von § 5 FamRG. untersteht dieser Frist nicht. Die Untersuchungen über die Bedeutung der Anfechtungsfrist betreffen also im Wesentlichen nur das Anfechtungsrecht des Mannes.

Das Familienrechtsgesetz hat an der Jahresfrist festgehalten. Verschieden aber zum bisherigen Recht ist der Zeitpunkt, mit dem diese Frist in Lauf gesetzt wird.

Nach § 1594 a. F. war das „Erfahren“ von der Ge-

1) Das Schweiz. Ziv. Ges. Buch Art. 253 I und das österr. ABGBG. § 158 kennen nur eine Anfechtungsfrist von 3 Monaten. Je einseitiger das Anfechtungsrecht des Mannes betont ist, umso härter muß sich solch kurze Frist auch zum Nachteil des Kindes auswirken. (Kreuzer Diss. S. 29). Demgegenüber war die deutsche Jahresfrist eine noch bessere Regelung.

2) Mugdan IV, 53.

burt des Kindes maßgebend. Aus den verschiedenen Auslegungen dieses Begriffes bildete sich langsam folgende Meinung als überwiegend heraus: der Ehemann müsse überzeugende Kenntnis von der Geburt des Kindes erhalten haben und müsse subjektiv überzeugt sein von der Richtigkeit dieser Nachricht [1]) . . . Kenntnis von den näheren Umständen, insbesondere vom Zeitpunkt der Geburt sei für den Fristbeginn nicht erforderlich [2]) . . . Das subjektive Moment ist entscheidend. Ein für wahr gehaltenes Gerücht, das allerdings selbst wahr sein muß, kann die Kenntnis verschaffen [3]) . . . Andererseits ist der Einwand des Mannes an zuverlässige z. B. amtliche Mitteilungen von der Geburt nicht geglaubt zu haben, ein solcher, mit dem er nicht leicht gehört werden wird [4]).

Es war wesentlich durch die Ausschlußfrist einen Raum abzustecken, innerhalb dessen sich das Anfechtungsrecht entfalten konnte. Einzelheiten der Umstände oder spätere Zweifel konnten für den Fristbeginn nicht maßgebend sein, sondern waren Aufgabe der Nachforschung im Anfechtungsverfahren.

Eine starke Gegenmeinung ging allerdings dahin, die Frist könne erst beginnen mit dem Bewußtsein des Mannes, daß das Kind nach §§ 1591, 1592 als ehelich gelte [5]). Es setzte sich aber die vom Reichsgericht gestützte Ansicht durch, daß Kenntnis von der Geburt genüge, um die Anfechtungsfrist in Lauf zu setzen, die Kenntnis der Ehelichkeitsvoraussetzungen aber entbehrlich sei [6]).

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. Januar 1925 [7]) hatte mit Anziehung der Motive, wonach der

1) Warn. E. 1918 Nr. 143.
2) Warn. E. 1921 Nr. 113.
3) RG. in LZ. 1919, 47.
4) Warn. E. 1918 Nr. 143.
5) Kohler Familienrecht S. 302; v. Blume, JW. 1925, 2113; unentschieden RG. in JW. 1913, 544.
6) Staudinger § 1594 Anm. 1; RGRKom. § 1594 Anm. 1; Kipp S. 295; RG. 109, 234.
7) JW. 1925, 2113.

Sinn der Ausschlußfrist eine baldige Entscheidung sei, den springenden Punkt herausgehoben, der die Rechtsprechung veranlaßte der gröberen Auslegung von § 1594 II a. F. den Vorzug zu geben. Die beachtliche Kritik Blumes[1]) brachte den allgemein gültigen Einwand, daß dem Interesse der Rechtssicherheit, den wie alle Ausschlußfristen, so auch § 1594 diene, nicht alle Erwägungen der Billigkeit zu weichen hätten, die in dem früheren differenzierten Standtpunkt des Reichsgerichts[2]) stärkere Beachtung gefunden hätten.

Der Einwand v. Blume's führt mitten in die Anschauung, die der nat. soz. Gesetzgeber in § 1594 II in Fassung von § 4 FamRG. zum Ausdruck gebracht hat. Geblieben sind Jahresfrist und notwendige Kenntnis des Ehemannes. Diese Kenntnis ist aber nicht mehr einfach auf die Geburt abgestellt, sondern auf die Umstände, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. Damit ist das Gesetz zu der älteren differenzierten Auslegung von § 1594 II a. F. zurückgekehrt, wobei aber die Billigkeit nur ein Motiv neben anderen für den nat. soz. Gesetzgeber bildete.

Nicht die Kenntnis der Geburt, sondern die Kenntnis der Umstände der Unehelichkeit entscheiden. Die Kenntnis der Geburt ist selbstverständliche, nicht ausgesprochene Voraussetzung für eine Kenntnis von den Ehelichkeitsumständen.

Das unveränderte Interesse an einer baldigen Entscheidung über den Familienstand war die maßgebende Ursache, um überhaupt an einer Anfechtungsfrist festzuhalten. Kind und Mutter sollen nicht dauernd unter dem Druck der möglichen väterlichen Anfechtung leben müssen[3]).

Umstände, die für die Unehelichkeit sprechen, sind vor allem solche, die eine Abstammung vom Ehemann der Mutter ausschließen, z. B. Trennung während der Empfängniszeit, Verhältnis der Mutter mit einem Dritten, später hervortretende rassische oder erbgesundheitliche

1) A.a.O.
2) JW. 1913, 544.
3) Rexroth, „Die Familienrechtsnovelle" DJ. 1938, 710.

Merkmale[1]). Die letzteren Momente erklären das Hauptmotiv, das für die Orientierung nach den Unehelichkeitsumständen bestimmend war. Folge des bisherigen Rechts war die Unanfechtbarkeit der Ehelichkeit in allen Fällen, in denen der Mann die Anhaltspunkte für die nichteheliche Abstammung des Kindes erst nach Ablauf der Jahresfrist gewann. „Diese Regelung ist in ihren Ergebnissen mit der heutigen Rechtsauffassung unvereinbar. Dies wird besonders deutlich dann, wenn sich erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist herausstellt, daß das Kind von einem Manne stammt, der einer anderen Rasse als der Ehemann angehört oder der an einer Erbkrankheit leidet. Aber auch in weniger krassen Fällen zwingt die Bedeutung, die nach unserer heutigen Anschauung der blutmäßigen Abstammung eines Menschen zukommt, dazu, die Anfechtung der Ehelichkeit eines von dem Ehemann nicht erzeugten Kindes stets zu ermöglichen und damit den Weg für die Klarstellung der wirklichen Abstammung des Kindes frei zu machen[2])".

Die „Ermittlung der wahren Blutzugehörigkeit"[3]) soll nicht an den Ablauf einer Frist scheitern, ist der Wille des Gesetzgebers[4]).

Ueber die Kenntnis der Umstände hinaus ist auch schon die Forderung laut geworden, der Mann müsse das Bewußtsein der Erheblichkeit dieser Umstände für die Unehelichkeit haben[5]). Damit wird aber der Maßstab zu stark nach der subjektiven Seite verschoben. Die von der älteren Rechtsprechung zu § 1594 a. F. herausgearbeiteten und oben dargestellten Grundsätze sind auch zur Auslegung des neuen Rechts verwendbar. Eine sichere Kenntnis der Umstände ist zu fordern und eine Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Mitteilung. Die im bisherigen Recht getadelte mangelnde Berücksichtigung der näheren Umstände ist ja durch die Neufassung

1) Rexroth a.a.O.
2) Begr. S. 619 zu Art. 2.
3) Günther, Rechtspfl. S. 166. 3.
4) Siehe auch Maßfeller, JW. 1938, 1219, 2a.
5) Rexroth, a.a.O. S. 710.

ausgeglichen worden. Eine weitere Differenzierung ist also nicht vonnöten[1]). Wie von der älteren Auslegung zu § 1594 a. F. die Kenntnis von der Geburt als genügend erachtet und von einer Kenntnis der Ehelichkeitsvoraussetzungen abgesehen wurde, so ist nach jetzigem Recht die Kenntnis von den Unehelichkeitsumständen als genügend zu erachten und von einer Kenntnis der Erheblichkeit dieser Umstände abzusehen. Mit anderen Worten zur Kenntnis der Unehelichkeitsumstände genügt die Anlegung des objektiven Maßstabes einer allgemeinen Würdigung von Tatsachen, die die Unehelichkeit ergeben oder die Anfechtung rechtfertigen. Nicht entscheidend ist der subjektive Maßstab, ob das Urteil des Mannes aus den vorliegenden Tatsachen den Schluß auf Unehelichkeit und Anfechtungsberechtigung zieht, da es ausreicht, wenn er aus den vorliegenden Umständen „Schlüsse zu ziehen vermag“[2]), also Umstände gegeben sind, die bei allgemeiner Würdigung die Anfechtung rechtfertigen. Zusammenfassend stellt also das Gesetz auf die allgemeine Würdigung der „Umstände“ ab, nicht auf die Urteilsfähigkeit des Mannes[3]).

Zu unterscheiden von der Frage des objektiven oder subjektiven Maßstabes ist die Tatsache, daß die Kenntnis der Ehelichkeitsvoraussetzungen notwendige Vorbedingung ist, um aus dem objektiven Blickpunkt eines verständigen Dritten überhaupt Schlüsse auf die Unehelichkeit ziehen zu können.

Diese von der Auslegung des bisherigen Rechtes nicht geforderte Kenntnis der Ehelichkeitsvoraussetzungen wird nach neuem Recht zur unentbehrlichen Vorbedingung. Wer Umstände, die für die Unehelichkeit sprechen, geltend machen will, muß sich vorher klarmachen, daß bei an sich gegebenen Ehelichkeitsvoraussetzungen eben die „Umstände“ für die Unehelichkeit sprechen. Die Kenntnis der Ehe-

1) Maßfeller, a.a.O.

2) Begr. S. 619 zu Art. 2.

3) Günther, Rechtspfl. S. 165. 1a; Seibert, ZAkR. 1938, 553; a. A. Rexroth, S. 710.

lichkeitsvoraussetzungen (Zeit der Geburt, Auflösung der Ehe usw.) ist also die selbstverständliche immanente Vorbedingung für die Kenntnis von Umständen, die für die Unehelichkeit sprechen. Erst im Bewußtsein, „daß er nach dem Gesetz als ehelicher Vater des Kindes zu gelten hat", wird der Mann aus vorliegenden Umständen Schlüsse auf die Unehelichkeit und die Notwendigkeit der Anfechtung ziehen können.[1])

Trotz dieser begrüßenswerten reichsgerichtlichen Klärung ist die Frage der Fristversäumnis nicht mehr von der fundamentalen Bedeutung des bisherigen Rechts, weil durch Fristablauf nur das Anfechtungsrecht des Mannes erlischt, das Regulativ der staatsanwaltschaftlichen Anfechtung aber unberührt bleibt.

Der Lauf der Anfechtungsfrist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes. Auch wenn der Ehemann die für die Unehelichkeit sprechenden Umstände vor der Geburt erfahren hat, so läuft die Frist doch erst ein Jahr nach Kindesgeburt ab. Die amtliche Begründung erwähnt dieses Moment nicht, scheint ihm also keine besondere Bedeutung beizumessen. Die Vorstellung der Vermeidung allzu komplizierter Nachweise und der Gedanke Schwangerschaft und Geburtszeit nach Möglichkeit von Anfechtungsprozessen des durch einen zu knappen Fristlauf zur Eile gedrängten Mannes frei zu halten, mag den Gesetzgeber zu dieser Regelung bestimmt haben.

Unverändert geblieben ist § 1594 III. Die Verjährungsgrundsätze nach §§ 194ff. finden an sich auf die Anfechtungsfrist des § 1594 keine Anwendung. Eine Milderung der Strenge der Ausschlußfrist durch die entsprechende Anwendung der §§ 203, 206 wurde auch von dem nat. soz. Gesetzgeber nicht für überflüssig erachtet.

Nach § 203 wird der Zeitraum in die Anfechtungsfrist nicht eingerechnet, in dem der Ehemann durch höhere Gewalt, wobei der Stillstand der Rechtspflege hervorge-

1) So jetzt RG. Urteil des 4. Senats vom 23. Mai 1938 in ZAkDR, 1938, 568 mit zustimmender Anmerkung von Bernhardt; Seibert, ZAkDR. 1938, 553.

hoben ist, in der zweiten Hälfte der Ausschlußfrist verhindert ist sein Anfechtungsrecht geltend zu machen. Diese Bestimmung gilt auch zugunsten des anfechtungsberechtigten Vertreters des geschäftsunfähigen Mannes und gilt für beide Anfechtungsformen, Klage und Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§§ 1595 II,1, 1596, 1597).

Es ist hier nicht der Ort auf den Theorienstreit über den Begriff der höheren Gewalt einzugehen. Wesentlich im Anschluß an Enneccerus[1]) wird für die Fristversäumnis der subjektiven Theorie der Vorzug gegeben und höhere Gewalt gedeutet als ein Ereignis, das durch die größte gebotene Vorsicht nicht abzuwenden war. Die Parallele mit dem Begriff des unabwendbaren Zufalls in § 233 I ZPO. ist schlagend[2]).

Die zweite Norm aus dem Verjährungsrecht, die Ablaufhemmung des § 206, ermöglicht die besondere Behandlung der Ausschlußfrist bei Geschäftsunfähigkeit des Mannes. Die Problemlage hat sich gegenüber dem bisherigen Recht nur insoweit verändert, als an die Stelle der Kenntnis von der Geburt die Kenntnis von Unehelichkeitsumständen getreten ist. Aus dem Zusammenhalt von § 1594, § 1595, § 206 ergibt sich folgendes Bild: im Regelfall der gesetzlichen Vertretung des geschäftsunfähigen Mannes entscheidet die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters über den Fristbeginn (§ 1595 II,1). Hatte der voll- oder beschränkt geschäftsfähige Mann selbst noch Kenntnis erhalten, dann setzt diese Kenntnis die Anfechtungsfrist in Lauf und dem gesetzlichen Vertreter verbleibt nur der Rest derselben. Wird umgekehrt im Regelfall der Mann wieder voll oder beschränkt geschäftsfähig, dann verbleibt auch ihm nur der Rest der durch die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters in Lauf gesetzten Anfechtungsfrist. Es entspricht Billigkeitsgedanken für den Fall, daß Geschäftsunfähigkeit und Mangel einer gesetzlichen Vertretung eine rechtlich wirksame Ausübung des Anfechtungsrechts un-

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 669ff.

2) Warn. E. 1910 Nr. 415; Warn. E. 1931 Nr. 128; JW. 1932, S. 1351; Baumbach § 233 Anm. 2b; RG. 138, 349.

möglich machen, den Fristablauf zu hemmen bis zu dem Zeitpunkt, in dem durch Wegfall dieser Hindernisse eine rechtlich wirksame Anfechtung möglich wird. Sechs Monate nach dem Wegfall des Hindernisses sind für die Hemmung der Fristvollendung in § 206 festgesetzt. Da auch der beschränkt geschäftsfähige Mann prozeßfähig ist (§§ 1595 I,2, 206,2 BGB., § 641 II ZPO.), so genügt schon der Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit, um den Beginn der Ablauffrist auszulösen.

Die denkbarste Rücksicht auf den höchstpersönlichen Charakter des Anfechtungsrechts veranlaßt den Gesetzgeber dem geschäftsunfähigen Manne eine spezielle Sicherung zu geben bei Fristversäumnis des gesetzlichen Vertreters. Für den beschränkt oder voll geschäftsfähiggewordenen Mann beginnt diesenfalls eine neue Anfechtungsfrist zu laufen (§ 1595 II, 2). Hatte der Mann noch gar keine Kenntnis von den Unehelichkeitsumständen, dann beginnt die Jahresfrist erst mit dieser Kenntnis für ihn zu laufen. Hatte er Kenntnis vor Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit, dann bleibt ihm nur noch der Rest bis zur Vollendung der Jahresfrist, wobei die Zeit der gesetzlichen Vertretung nicht eingerechnet wird; mindestens bleiben ihm aber sechs Monate. (§ 206). Die Kenntniserlangung während seiner Geschäftsunfähigkeit wird erst bei deren Wegfall relevant, falls ihm in diesem Zeitpunkt die Kenntnis noch bewußt ist[1]).

Nach bisherigem Recht konnte der Fall eintreten, daß der Familienstand des Ehebruchkindes lange Zeit oder überhaupt ungeklärt blieb, einerseits weil der Ehemann erst nach langen Jahren oder überhaupt nicht die Geschäftsfähigkeit wieder erlangte, andererseits weil die Untätigkeit des gesetzlichen Vertreters dem Anfechtungsrecht des Mannes keinen Abbruch tat. Es gab keine gesetzliche Handhabe in diesem Fall eine Klarstellung herbeizuführen, da die Geltendmachung der Unehelichkeit

1) Planck § 1595 Anm. 3, § 1594 Anm. 3; Staudinger § 1595, 2c, d; § 1594, 3; Opet S. 25; Kipp-Wolff, S. 296.

nach § 1593 a. F. von der Anfechtung des Mannes oder seinem vorzeitigen Tode abhängig war.

Durch das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht nach § 1595a, das spätestens ein Jahr nach der Geburt des Kindes eingreifen kann, ist die gewünschte Abhilfe geschaffen. Das nach § 1595 II, 2 etwa auflebende Anfechtungsrecht des Mannes steht dem nicht entgegen. Das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht soll unbelastet sein von der Nachprüfung einer Anfechtungsbefugnis des Mannes. Es tritt in jedem Falle ein Jahr nach Geburt des Kindes in Wirkung[1]). Von dieser grundsätzlichen Berechtigung unabhängig ist die Tatsache, daß der Staatsanwalt nach Jahresablauf nicht anfechten muß, sondern kann. Macht der geschäftsfähig gewordene Mann von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, dann wird der Staatsanwalt den laufenden Anfechtungsprozeß nicht durchkreuzen, weil seine Anfechtung dann im öffentlichen Interesse nicht geboten sein wird[2]).

Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf den Ablauf der Anfechtungsfrist beruft. Nicht der Anfechtungskläger hat die Rechtzeitigkeit der Klageerhebung, sondern der Anfechtungsgegner hat die Versäumnis der Anfechtungsfrist nachzuweisen[3]). Es handelt sich um eine sogenannte rechtsvernichtende Tatsache, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Beklagte zu erweisen hat[4]). Der Nachweis der Fristversäumnis schließt insbesondere den Nachweis in sich, wann die Kenntnis von der Geburt, bezw. nach jetzigem Recht von den Ehelichkeitsumständen erlangt wurde[5]).

Die Meinungen sind geteilt in der Frage, ob die Anfechtungsfrist auch durch Klageerhebung bei einem örtlichen unzuständigen Gericht gewahrt wird. Nach einer

---

1) Rexroth, DJ. 1938, S. 711.

2) Vgl. auch Günther, Rechtspfl. S. 166, 2.

3) Warn. E. 1931 Nr. 127.

4) RG. 9, 338.

5) Staudinger § 1594 Anm. 4; Planck § 1594 Anm. 5; Kipp-Wolff S. 295 N. 22 mit Literatur; LZ. 1921, 499 u. a.

Ansicht[1]) soll die Frist in diesem Fall nicht gewahrt sein. Es komme darauf an, daß der Rechtsstreit noch während der Anfechtungsfrist an das zuständige Gericht verwiesen werde; also auf den Zeitpunkt der Verweisung. Das scheint allzu formal gedacht. Der Akzent liegt doch hier im materiellen Recht. Der Wortlaut von § 1594a und n. F. spricht von Anfechtung der Ehelichkeit. Da die Klageerhebung den materiellen Anfechtungsakt mitenthält, so ist damit die Anfechtung der Ehelichkeit auch innerhalb der Anfechtungsfrist geschehen. Es geht nicht an wegen eines formellen, prozessualen Mangels den tatsächlich zum Ausdruck gebrachten Anfechtungswillen zu ignorieren. Mit anderen Worten: für die Wahrung der Frist ist der Zeitpunkt der Klageerhebung und nicht die Verweisung an das zuständige Gericht maßgebend[2]).

Die Strenge der Ausschlußfrist im bisherigen Recht führte zu vielfach beanstandeten Mißständen. Rechtsprechung und Rechtslehre des nat. soz. Staates war bemüht einen Ausgleich zu finden, zwischen der Achtung vor einer gültigen Gesetzesnorm und der von dem völkischen Rechtsbewußtsein geforderten Ermittlung der wahren Blutzugehörigkeit[3]). Man glaubte annehmen zu können, daß auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 1594 eine anderweitige Klärung der Blutabstammung — unbeachtlich des fiktiv ehelichen Familienstandes — möglich sei[4]). Durch erweiterte Anziehung von §§ 1594 III mit 203 versuchte man eine Fristhemmung durch höhere Gewalt — die Bedeutung der blutmäßigen Abstammung sei erst mit der nat. soz. Erhebung erkannt worden — zu konstruieren. Dieser vom Reichsgericht nicht gebilligte Versuch[5]) war nicht ungeeignet die kritisierten Folgen des § 1594 a. F. auszugleichen.

Auf die Dauer war aber nur mit der jetzigen Neu-

1) Staudinger § 1594 Anm. 1 für viele.

2) So auch Kipp-Wolff, S. 296.

3) Roquette in JW. 1935, 2476ff.; v. Scheurl, JW. 1936, 235ff.; RG. 152, 390; RG. 152, 397; u. a.

4) OLG. Hamburg in JW. 1936, 3063.

5) RG. in JW. 1935, 2716; RG. 153, 390.

ordnung Abhilfe zu schaffen, welche den Vorteil einer Anfechtungsfrist — eine ausreichende Ueberlegungszeit — beibehielt, diese aber nicht mehr von der mehr oder weniger zufälligen Kenntnis der Geburt, sondern von einer begründeten Kenntnis des Anfechtungsgrundes abhängig machte und durch die Einschaltung eines unbefristeten Anfechtungsrechts des Staatsanwaltes — dem Kernstück der Neuordnung — jegliche etwaige Nachteile einer Ausschlußfrist bannte.

§ 12. Hat die Anerkennung der Ehelichkeit durch den Mann noch eine Bedeutung?

Nach bisherigem Recht war die Anerkennung der Ehelichkeit neben der bewußten Versäumung der Anfechtungsfrist der zweite Pfeiler der autokratischen Verfügungsmacht des Hausvaters über den Familienstand des Ehebruchkindes. Die endgültige Feststellung des Familienstandes als Folge der Anerkennung (§ 1598 I) gab dem Manne die Möglichkeit die blutmäßige Abstammung eines Kindes im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einvernehmen mit der Mutter zu verschleiern [1]). Diese Ordnung war untragbar für eine ganz auf Ermittlung der wahren Blutzugehörigkeit ausgerichtete gesetzliche Neugestaltung. Deshalb sind die §§ 1598, 1599 1596 II, 2 durch § 6 Familienrechtsgesetz aufgehoben worden. Die Zurücknahme einer Anerkennung kann also nicht mehr eine Löschung der Anfechtung bewirken (§ 1596 II, 2). Andererseits kann die Zurücknahme der Anfechtungsklage nicht mehr als Anerkennung mit anfechtungsausschließender Wirkung gedeutet werden, wie es nach bisherigem Recht der Fall war [2]).

Die Bedeutung aller etwa erfolgenden Handlungen, die als Anerkennung bewertet werden können (dieses Problem spielte im bisherigen Recht eine große Rolle) liegt in ihrem Beweiswert. Alle diese Handlungen sind

1) Begr. S. 620 zu § 6; Maßfeller JW. 1938, 1220, c; Rexroth, DJ. 1938, 712, 1.

2) Vgl. Staudinger § 1598, 2b.

Indizien der Ehelichkeit und sind wichtig, sofern sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung die richterliche Ueberzeugung irgendwie zu begründen vermögen[1]).

§ 13. Ist § 1600 BGB. noch gültig?

Wenn eine Frau kraft eigenmächtiger oder gestatteter Befreiung von der gesetzlichen Wartezeit des § 1313 vor deren Ablauf eine zweite Ehe eingeht und in dieser Ehe ein Kind gebiert, dann kann sich eine merkwürdige Situation ergeben. Kraft der Ehelichkeitsvoraussetzungen und Vermutungen der §§ 1591 ff. könnte das Kind der Beiwohnung des ersten und des zweiten Mannes entstammen. Den Widerstreit löst das Gesetz durch die Bestimmung des § 1600.

Ergibt sich nach erfolgreicher Anfechtung des ersten oder zweiten Ehemannes, daß ein Widerstreit zwischen den Vaterschaften nicht mehr besteht, dann gelten nicht die Fristen des § 1600 — es ist ja kein Widerstreit mehr zu lösen — sondern die allgemeinen Ehelichkeitsfristen der §§ 1591 ff.[2]).

War die zweite Ehe infolge des Fortbestandes der ersten Ehe an sich ungültig, galten aber die geborenen Kinder kraft guten Glaubens mindestens eines Ehepartners nach § 1699 I,2 als ehelich, dann liegen wiederum die Vaterschaftsvermutung nach der gültigen ersten Ehe und die Vaterschaftsvermutung nach der zweiten der Putativehe in Kollision. In diesem Fall ist § 1600 wörtlich nicht anwendbar, da die frühere Ehe nicht aufgelöst ist. Aber in entsprechender Anwendung des § 1600 ist der Widerstreit nach dem Prinzip der größten Wahrscheinlichkeit der Erzeugung zu lösen. Es gilt der Mann als Erzeuger, der tatsächlich in ehelicher Gemeinschaft mit der Frau gelebt hat[3]).

---

1) Rexroth S. 712.

2) Planck § 1600 Anm. 2; RGRKom. § 1600 Anm. 1; Staudinger § 1600 Anm. 2; Mot. IV. 676; OLG. 39, 1.

3) Kipp-Wolff, S. 299; Riezler in Arch. Bürgerl. Recht, Bd. 38, S. 66 ff.; RGRKom. § 1600 Anm. 1.

In der standesamtlichen Praxis der letzten Jahre wurde § 1600 vielfach als überholt bezeichnet und empfohlen das Kind einfach als Kind des zweiten Ehemannes ins Geburtsregister einzutragen, da fast immer der zweite Mann der tatsächliche Erzeuger sei. Dadurch werde der umständliche und die blutmäßige Abstammung verschleiernde Weg vermieden, daß zunächst das Kind als eheliches Kind des an der Erzeugung fast nie beteiligten ersten Ehemannes eingetragen werde und erst nach erfolgreicher Anfechtung des ersten Mannes in ein eheliches Kindschaftsverhältnis zum zweiten Ehemanne, dem tatsächlichen Erzeuger, treten könne. Die selbstverständliche Eintragung auf den Namen des zweiten Mannes müsse sich aber als öffentlicher Anreiz zum Ehebruch auswirken, ist der stichhaltige Einwand von Peters[1]) gegenüber diesen Vorschlägen. Da eine Aenderung des § 1600 aber keineswegs in Aussicht steht und eine solche auch in dem Familienrechtsgesetz in keiner Weise angedeutet ist, empfiehlt es sich den § 1600 weiterhin genauestens zu beachten[2]).

§ 14. Das neue Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes.

Das Anfechtungsmonopol des Mannes war von den Vätern des BGB. mit dem Interesse an der einheitlichen Feststellung und dem Schutz der Geheimnisse des Familienlebens begründet worden[3]). Daß diese Lösung nicht die einzig denkbare und einzig vollkommene ist, war den Vätern des BGB. selbst bewußt. Das zeigte sich in der scharfen Kritik und den Abänderungsvorschlägen der II. Kommission, die Mutter und Kind ein gleichwertiges und Drittinteressenten ein durch die Existenz eines Anspruchs oder einer Verbindlichkeit bedingtes Anfechtungsrecht geben wollten[4]), mit der Begründung, daß die Interessen dieser Personen durch das autokratische

1) StAZ. 1937, 301.
2) Peters a.a.O.; ebenso Koops, StAZ. 1936, 33.
3) Mot. IV, 658.
4) Mugdan, IV, 939 ff.

Anfechtungsrecht des Mannes nicht zur Geltung kommen könnte.

Der scharfe Angriff von Eck[1]) auf die Regelung des BGB. gipfelte, belegt mit drastischen Beispielen in der Feststellung, daß der Personenstand des Ehebruchkindes in die Willkür des Ehemannes gegeben sei, daß er Verwandtschaftsverhältnisse begründen, Erbrechte, Alimentenansprüche, Ehehindernisse schaffen und ausschließen könne, kurzum, daß er wie ein Richter formelles Recht schaffen und physikalisch geradezu Unmögliches zu einem bindenden Rechtsverhältnis erheben könne.

Die Behauptung Scherer's, daß hier „die Personenstandsfälschung gesetzlich sanktioniert sei"[2]), mochte in der Form übertrieben sein, traf aber den Kern der Kritik.

Im gemeinen Recht war der Kreis der Anfechtungsberechtigten viel weiter gezogen und nach verbreiteter Meinung[3]) jeder an dem Status Interessierte anfechtungsberechtigt. Vor allem ein selbständiges Anfechtungsrecht des Kindes wurde bejaht und vom Reichsgericht vertreten: „Es erscheine als ein jeder Person zustehendes Personenrecht ihren für Rechte und Pflichten verschiedenster, auch vermögensrechtlicher Art zur Voraussetzung dienenden Status so festgestellt zu sehen, wie er sich der Wahrheit entsprechend durch den natürlichen Akt der Zeugung ergibt"[4]).

Das starke Interesse des Kindes fand im Oesterreichischen Recht[5]) nach ursprünglicher Ablehnnng in einer Neufassung des § 159 ABGB.[6]) Anerkennung in einem selbständigen Bestreitungsrecht seiner Ehelichkeit unter gewissen Voraussetzungen: „Ist der Mann vor Ablauf der Bestreitungsfrist gestorben oder seit der Geburt des Kindes dauernd unbekannten Aufenthalts, so kann auch das Kind unter Zustimmung der Mutter, wenn diese noch

1) Eck, „Vorträge" Bd. II, S. 470 ff.
2) Staudinger § 1593, 1.
3) Engelmann Bd. 59, S. 87 für viele; Kümmel, Diss. S. 52 N. 5.
4) RG. in Seuff. Arch. 42 Nr. 275.
5) Kreuzer, Diss. S. 24; Kümmel, Diss. S. 52 N. 5.
6) Durch die 3. Teilnovelle zum ABGB. v. 3. März 1916.

lebt seine Ehelichkeit bestreiten . . .". Mit dieser Bestimmung hatte das Oesterreichische Recht die schlimmsten, wenn auch nicht alle, dem Anfechtungsmonopol des Mannes entspringenden Härten beseitigt.

Daß das Interesse des Kindes vor Schonung der vielfach schon zerrütteten Familienverhältnisse den Vorzug verdiene, hatte der Entwurf zu einem Unehelichen Recht des Jahres 1925 [1]) erkannt und eine Neufassung von § 1593 vorgeschlagen, der zufolge das Kind ein gleichwertiges Anfechtungsrecht neben dem Mann erhalten sollte, daß erst ein Jahr nach erreichter Volljährigkeit erlöschen würde.

Die Rücksicht auf Drittinteressenten, vor allen die Erben, veranlaßte das Schweizerische Zivilgesetzbuch in Art. 256 I, den Erbberechtigten ein Anfechtungsrecht zu geben, falls der Ehemann unmöglich Kenntnis von der Geburt erhalten konnte. Es nennt als Gründe Tod, Urteilsunfähigkeit, unbekannten Aufenthalt des Mannes. Eine vom rassegesetzlichen Standpunkt geradezu modern anmutende Bestimmung, bringt Art. 256 II: „Bei Zeugung vor Abschluß der Ehe kann die Ehelichkeit des Kindes, auch wenn es vom Ehemann anerkannt ist, durch die zuständige Behörde des Heimatkantons angefochten werden, falls nachgewiesen wird, daß dieser unmöglich der Vater des Kindes sein kann." Der Schweizer Gesetzgeber Eugen Huber erkannte hier die Widersinnigkeit, die in der bewußten Ueberdeckung der blutmäßigen Abstammung durch eine juristische Ehelichkeit liegt; er lehnte es ab eine den natürlichen Zeugungstatsachen zuwiderlaufende Verfügungsmacht des Ehemanns anzuerkennen und gab diesenfalls einer über den Parteieninteressen stehenden staatlichen Behörde das Anfechtungsrecht.

Die Berührung mit der gesetzlichen Neuordnung des deutschen Familienrechtsgesetzes liegt auf der Hand.

Der nat. soz. Gesetzgeber hat in Erwägung alter und neuer Kritik am Anfechtungsmonopol des Ehemannes dieses gesprengt. Er hat es abgelehnt den Kreis der Berechtigten einseitig zugunsten des Kindes oder der

1) RArbBl. 1925, 459 ff.

Mutter oder sonstiger Interessenten zu erweitern, dafür aber das Anfechtungsrecht einer parteientrückten staatlichen Instanz eingeschaltet, von der die Drittinteressen wohl abgewogen und wahrgenommen werden können.

Träger dieses Anfechtungsrechts ist eine staatliche Behörde, der Staatsanwalt. Warum gerade dieser gewählt wurde, darüber gibt die amtliche Begründung zum Familienrechtsgesetz Aufschluß: „Die Feststellung der Nichtehelichkeit eines als ehelich geltenden Kindes dient zwar auch der Klarstellung des Familienstandes; vorwiegend hat sie aber den Zweck, die blutmäßige Abstammung des Kindes zu offenbaren. Sie soll verhindern, daß die Ehe zur Verschleierung der Herkunft eines Kindes mißbraucht wird, und die Ermittlung der wirklichen Abstammung des Kindes ermöglichen. Bei der Bedeutung, daß der Rassen- und Sippenzugehörigkeit eines Menschen nach nat. soz. Auffassung zukommt, muß das Interesse an einer möglichst frühzeitigen und endgültigen Feststellung des Familienstandes hinter das öffentliche Interesse an einer Klarstellung der wirklichen Abstammung zurücktreten ... Das Anfechtungsrecht soll ... dem Staatsanwalt zustehen, der auch sonst in familienrechtlichen Streitigkeiten das öffentliche Interesse zu vertreten hat und bisher schon im Anfechtungsprozeß des Mannes, wenn auch nur zur Verteidigung der Ehelichkeit, zur Mitwirkung berufen war.[1])

Mit Recht weist auch Rexroth[2]) darauf hin, daß eine Erweiterung des Anfechtungsrechts zugunsten einzelner Interessenten letzten Endes zu den gleichen Mißständen führen würde, wie das ausschließliche Anfechtungsrecht des Mannes. „Mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse mußte daher die beste Lösung in der Verleihung des Anfechtungsrechts an eine behördliche Stelle erblickt werden. „Für den Staatsanwalt sprechen seine besondere Vertrautheit mit familienrechtlichen Streitigkeiten.

Die Uebertragung von Funktionen zur Wahrnehmung

1) Begr. S. 619, 620.

2) Deutsche Justiz 1938, 711.

des öffentlichen Interesses auf den Staatsanwalt ist eine den besonderen Prozeßarten mit öffentlich-rechtlichem Einschlag der §§ 606 ff. ZPO. (Ehesachen, Kindschaftssachen, Entmündigungssachen) typische Erscheinung, sei es, daß die Mitwirkungsbefugnis des Staatsanwalts ausgesprochen ist (§ 607 ZPO.) oder ein eigenes Klagerecht oder Antragsrecht zugesprochen ist (§§ 632, 646 ZPO.).

In der nat. soz. Rasse- und Familiengesetzgebung wird der Staatsanwalt als alleiniger Träger des öffentlichen Interesses noch schärfer herausgestellt. Es seien nur sein ausschließliches Klagerecht im Falle der Namensehe des § 1325a[1]), im Falle der Nichtigkeitsklagen nach § 3 Ehegesundheitsgesetz[2]), im Falle des § 1 II Blutschutzgesetz[3]) genannt. Die Notwendigkeit einer unbedingten und parteientrückenden Wahrnehmung des öffentlichen Interesses war die Veranlassung in diesen Fällen den Staatsanwalt mit dieser Funktion zu betrauen. Daß das öffentliche Interesse an der Klarheit der blutmäßigen Abstammung auch bei der Ehelichkeitsanfechtung einer parteientrückten Wahrnehmung bedarf und die Betrauung des Staatsanwalts rechtfertigt, kann nicht bezweifelt werden.

Der Staatsanwalt ist selber Partei im Anfechtungsprozeß, nicht etwa gesetzlicher Vertreter des Mannes, des Kindes, der Mutter oder eines Dritten. Die Ausführungen Walsmanns[4]) über den Parteibegriff sind an sich auf die Treuwalter fremder Vermögensinteressen (Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger) abgestellt. Sie sind aber auch auf Verhältnisse anwendbar, in denen nicht ausschließlich Vermögensinteressen, sondern andere Interessen wie hier der Familienstand Objekt der Treuwaltung sind. Walsmann unterscheidet die Fürsorge für schutzbedürftige Interessen als öffentlich-rechtliche Staatsangele-

1) S. Art. II § 1 Ehemißbrauchgesetz v. 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979).

2) § 3 Eheges.G. vom 8. Okt. 1935 (RGBl. I, 1246).

3) Blutschutzges. vom 15. Dez. 1935 (RGBl. I, 1146).

4) Seuff.-Walsmann, Vorbem. vor § 50.

genheit, deren Durchführung aber durch den Träger eines Privatamtes vorwiegend privatrechtlich geregelt werde. Bei Fürsorge für schutzbedürftige Interessen einer bestimmten Einzelperson gestaltet das Gesetz die Fürsorge als Stellvertretung, als gesetzliche Vertretung. Bei Fürsorge für die schutzbedürftigen Interessen verschiedener Personen, die aber untereinander kollidierten, übertrage das Gesetz die Interessenwahrnehmung einer Vertrauensperson zu treuen Händen, die aber im eigenen Namen handle. Trotz der nahen Verwandtschaft beider Tatbestände sei prozessual der gesetzliche Vertreter keineswegs Partei, der Treuhänder dagegen sei Partei. Partei sei von oder gegen den im eigenen Namen Rechtsschutz im Zivilprozeß verlangt werde.

Es mag nahe liegen den Staatsanwalt als Stellvertreter des Mannes, der sein Anfechtungsrecht nicht ausübt oder nicht ausüben kann, anzusehen. Und wiederum verleiht der Wortlaut des § 1595a „im Interesse des Kindes" dazu eine Interessenwahrnehmung vom Charakter der Stellvertretung anzunehmen. Dennoch überwiegen die Momente, die das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts als Treuhänderschaft im Walsmann'schen Sinne charakterisieren, die eigenen Namens, wenn auch mit Wirkung und im Interesse anderer Personen tätig wird, und gestatten keinen Zweifel daran, daß der Staatsanwalt in dem von ihm erhobenen Anfechtungsprozeß Partei ist. Es ist natürlich denkbar, daß die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit sich gegebenenfalls einmal im Interesse einer bestimmten Einzelperson auswirkt, sei es des Mannes oder des Kindes oder dritter Personen, wie etwa der Erben. Diese praktische Auswirkung im Einzelfall ändert aber nichts an dem aufgezeigten inneren Wesen des staatsanwaltschaftlichen Tätigkeitsrechts, das mit treuen Händen das gemeinschaftliche Ziel, die Klarheit der blutmäßigen Abstammung, auch bei kollidierenden Interessen der Beteiligten, verwirklichen soll.

Bei der nun folgenden Untersuchung der einzelnen Elemente des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts

ist als grundlegend festzuhalten, daß das Anfechtungsrecht des Mannes als primäres erhalten geblieben ist (§ 1596 I) für die Zeit eines Wartejahres seit der Geburt des Kindes. Bei aller Hochwertung des öffentlichen Interesses wollte der nat. soz. Gesetzgeber die Intimität der Familiensphäre und das in dieser Sphäre als natürlicher Vertreter des Familieninteresses waltende Anfechtungsrecht des Familienhauptes nicht unnötig verletzen. Deshalb ist dem Manne während des Wartejahres die Vorhand geblieben. Erst wenn der Mann binnen Jahresfrist von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, kann das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes eingreifen. Aus seiner subsidiären Stellung rückt dieses Recht mit dem Ablauf des Wartejahres in eine primäre ein; primär war es allerdings auch schon vor dieser Zeit in den Fällen, in denen eine offensichtliche Verhinderung der Anfechtung des Mannes infolge von Tod oder unbekannten Aufenthalts vorlag.

Des Mannes Anfechtungsrecht erlischt mit Ablauf des Ausschlußjahres[1]), das von dem Zeitpunkt seiner Kenntnis der Unehelichkeitsumstände an läuft (§ 1594 II). Es wäre nicht zweckmäßig gewesen, das Recht des Staatsanwaltes von dem Erlöschen des ehemännischen Anfechtungsrechtes abhängig zu machen. Es sind zahlreiche Fälle denkbar, in denen der Mann erst Jahre nach der Geburt des Kindes die entscheidende Kenntnis erhält und dementsprechend die Anfechtungsfrist für ihn erst Jahre nach der Geburt zum Erlöschen kommt. Die praktische Erwägung einer möglichst einfachen Frist[2]) war genügende Veranlassung, das Recht des Staatsanwaltes nicht sozusagen von dem Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses, einer Bedingung, abhängig zu machen, sondern nach einer bestimmten Frist, innerhalb deren bei gewöhnlicher Sachlage die Entscheidung über die Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Mann fallen konnte, also nach Ablauf eines Wartejahres seit der Geburt des

1) Zu unterscheiden von dem Wartejahr des Staatsanwalts.
2) S. Günther, Rechtspfl. S. 166, 2.

Kindes in Wirkung treten zu lassen. Es würden sich sonst „für die Handhabung dieses vorwiegend im öffentlichen Interesse geschaffenen Anfechtungsrechts Schwierigkeiten ergeben“ [1]). Der von Rexroth [2]) gebrachte Gesichtspunkt, daß dem Staatsanwalt die Prüfung einer noch bestehenden Anfechtungsbefugnis des Mannes nicht zugemutet werden könne, ist nicht stichhaltig — warum sollte dem Staatsanwalt diese Prüfung nicht zugemutet werden können? — aber auch nicht notwendig, da die Frist eines Wartejahres in sich genügend gerechtfertigt erscheint.

Auf jeden Fall tritt das Recht des Staatsanwaltes ein Jahr nach der Geburt des Kindes in Kraft. Ueberschneidungen mit dem Anfechtungsrecht des Mannes können sich ergeben, wenn dieses noch nicht durch Zeitablauf erloschen ist [3]). Für diesen Fall will Günther [4]) das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht nicht wirksam werden lassen, wenn eine Anfechtungsklage des Ehemannes auch nach Ablauf des Wartejahres noch erhoben wird. Diese Ansicht widerlegt sich im Folgenden. Das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes entsteht ein Jahr nach der Geburt des Kindes primär und unabhängig von dem Nochbestand eines Anfechtungsrechts des Mannes. Das ergibt sich klar aus dem Wortlaut des § 1595a und dem Sinn des Familienrechtsgesetzes die Belange der Volksgemeinschaft zu schützen. Die Vermeidung einer Kollision, die Günther zu seiner Ansicht bestimmt haben mag, ergibt sich ganz von selbst aus der Prüfungspflicht des Staatsanwaltes die Klage nur zu erheben, „wenn er es im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes für geboten erachtet“. Die Gebotenheitsprüfung unterliegt der alleinigen Untersuchung und Entscheidung des Staatsanwalts. Ist eine Anfechtungsklage vom Ehemann nach Ablauf des staatsanwaltschaftlichen Wartejahres erhoben

1) Begr. S. 620 zu § 5.
2) Rexroth, DJ. 1938, S. 711.
3) Rexroth, DJ. 1938. S. 711, 712.
4) Günther, Rechtspfl. S. 166.

worden, dann wird es im öffentlichen Interesse nicht als geboten erscheinen, daß auch der Staatsanwalt noch die Anfechtungsklage erhebt. Der der Parteienherrschaft durch die Neuordnung (§ 7 FamRG.) noch weitergehend entzogene Anfechtungsprozeß bietet die nötige Sicherheit für eine sachliche Entscheidung, abgesehen von der auch in diesem Prozeß gültigen Mitwirkungsbefugnis des Staatsanwalts nach §§ 641 I mit 607 ZPO.

Ein im Anfechtungsprozeß des Mannes ergangenes Urteil, das nach § 643 ZPO. rechtskräftige Wirkung für und gegen alle hat, bindet auch den Staatsanwalt. Diese Bindung wird im Falle eines abweichenden Sachurteils verneint von Günther[1]) mit der Begründung der völlig selbständigen Natur des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts, das neben dem Anfechtungsrecht des Mannes als Gestaltungsrecht eigener Art stehe. „Die Anfechtungsklage des Staatsanwalts macht nicht den rechtskräftig erledigten, sondern einen ganz neuen Anspruch geltend".

Diese allzu kühne Ignorierung des § 643 ZPO. ist aber nicht begründet. Abgesehen von der allgemeinbindenden Kraft des Anfechtungsurteils bot das staatsanwaltschaftliche Mitwirkungsrecht (§§ 641 I, 607 ZPO., § 7 FamRG.) im Prozeß des Mannes dem Staatsanwalt hinreichend Gelegenheit auf das Urteil Einfluß zu nehmen, sodaß es keinesfalls angeht nach ergangener Sachentscheidung, „die drohende Klage des Staatsanwalts ewig als Damoklesschwert über dem Haupt der Familie schweben zu lassen"[2]).

Anders ist die Lage im Falle einer Prozeßabweisung der Anfechtungsklage des Mannes. Die bindende Kraft eines solchen Urteils würde an sich nach § 643 ZPO. ebenfalls einer staatsanwaltschaftlichen Anfechtung entgegenstehen. Mangels einer wirklichen Sachentscheidung ist aber gerade für diesen Fall das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes im öffentlichen Interesse geboten und eine Bindung an das prozeßabweisende Urteil des ehemänni-

1) Rechtspfl. S. 166.

2) Seibert, ZAkDR. 1938, 553 unter 2.

schen Anfechtungsprozesses aus dem Geiste des Familienrechtsgesetzes heraus abzulehnen[1]).

Da nach § 1596 II bei einer Zurücknahme der Anfechtungsklage des Mannes die Rechtslage dieselbe ist als wenn nie eine Anfechtungsklage erhoben worden wäre, so steht diesenfalls einer staatsanwaltschaftlichen Anklage kein Hindernis entgegen.

Stirbt der Mann während des Anfechtungsprozesses dann gilt nach §§ 641 I, 628 ZPO. der Rechtsstreit als in der Hauptsache erledigt. Nach bisherigem Recht war mit der erhobenen Anfechtung wohl die materielle Voraussetzung geschaffen für die Geltendmachung der Unehelichkeit durch jeden Dritten (Tod des Mannes ohne Verlust des Anfechtungsrechtes § 1593 a. F.), doch eine rechtskräftige Entscheidung mit allgemein bindender Kraft war nicht mehr möglich. Wenn, dann dürfte in diesem Falle es im öffentlichen Interesse liegen, eine Entscheidung mit allgemein bindender Kraft herbeizuführen, dürfte also der Raum für die staatsanwaltschaftliche Anfechtungsklage gegeben sein. Jedenfalls auch in der Erwägung dieses inneren Zusammenhanges hat der Gesetzgeber den Tod des Mannes an sich für einen Anwendungsfall der staatsanwaltschaftlichen Anfechtung erklärt.

Die Folgen des Todes des Kindes während des Anfechtungsprozesses des Mannes sind in späterem Zusammenhang noch zu erörtern.

Wie nach bisherigem Recht (§ 1593 a. F.) der vorzeitige, d. h. vor Verlust des Anfechtungsrechts erfolgte Tod des Mannes eine Möglichkeit war, um der Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes durch Dritte freie Bahn zu schaffen, so ist nach jetzigem Recht der Tod des Mannes ein Auslöser eines absoluten staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts.

Die Motive[2]) zum BGB. hatten erwogen das öffentliche Interesse an einer einheitlichen Gestaltung des Fa-

1) Seibert a.a.O.; Rexroth, DJ. 1938, 710; beide nur bei Prozeßabweisung wegen Fristversäumnis.

2) S. Mugdan, IV, 352.

milienstandes dahin zu berücksichtigen, daß die Geltendmachung der Unehelichkeit durch Dritte gänzlich auszuschließen sei. Da das doch nicht angängig erschien, wurde als nicht bedenkfreie, aber relativ beste Lösung eine allgemeine Befugnis zur Geltendmachung der Unehelichkeit in das Gesetz aufgenommen. Die Neugestaltung die nach dem Tode des Mannes, die im öffentlichen Interesse notwendige einheitliche Feststellung ermöglicht, wäre den Vätern des BGB. jedenfalls nicht unwillkommen gewesen. Die klare Kompetenz einer staatlichen Behörde schneidet alle Zweifel ab, was nun nach dem Tode des Mannes aus dem Anfechtungsrecht eigentlich werden soll. Der ganze Raum der Fälle, in denen bei vorzeitigem Tod des Mannes die Bestreitung der Ehelichkeit durch Dritte gemäß § 1593 a. F. möglich war, wird unter die Anfechtungskompetenz des Staatsanwalts eingeordnet, sodaß für eine Bestreitung durch Dritte zunächst wenigstens kein Raum bleibt[1]).

Das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts tritt aber nicht nur bei dem im Hinblick auf den Bestand des Rechts vorzeitigen Tod des Mannes, sondern bei seinem Tod schlechthin in Kraft. Es wird das primäre und einzige und damit absolute Anfechtungsrecht, gleichgültig ob der Mann vor oder nach dem Verlust seines Anfechtungsrechts vor oder nach der Geburt des Kindes gestorben ist. In diesem Falle ist also der Staatsanwalt an den Ablauf des Wartejahres nicht gebunden[2]).

Der Tod des Mannes wird nach § 60 des neuen Pers. St. Ges. vom 3. November 1937 (RGBl. I, 1146) durch das standesamtliche Sterberegister erwiesen. Ist nun der infolge Todeserklärung vermutete Tod des Mannes seinem wirklichen Tod gleichzusetzen? Nach §§ 18ff. wurde der vermutete Todeszeitpunkt nach allgemeinen Grundsätzen dem Zeitpunkt des wirklichen Todes in seiner Wirkung entsprechen und demgemäß das Anfechtungs-

1) Begr. S. 620 zu § 3; Rexroth in DJ. 1938, 714; Maßfeller, JW. 1938, 1220.

2) Begr. S. 620 zu § 5; Rexroth, DJ. 1938, 712; Maßfeller JW. 1938, 1220.

recht des Staatsanwaltes zur Auslösung bringen. Diese Feststellung hat aber eine vorwiegend theoretische Bedeutung. Die Fristen der Abwesenheit-, Kriegs-, Unfall- oder Gefahrenverschollenheit (§§ 14, 15, 17) sind derartig lange, daß das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht schon vorher, infolge Ablauf des Wartejahres oder infolge unbekannten Aufenthalts des Mannes wirksam geworden ist. Einzigenfalls bei der Seeverschollenheit des § 16 — hier ist die Todeserklärung bereits ein Jahr nach Untergang des Schiffes zulässig — könnte der seltene Fall gegeben sein, daß der vermutete Todeszeitpunkt das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes in einem früheren Moment zur Wirksamkeit gelangen läßt als es infolge eines anderen Grundes möglich wäre. Aber auch dieser Fall dürfte kaum praktisch werden, da meistens das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes schon wegen unbekannten Aufenthalts des Mannes gegeben sein wird.

Außer beim Tode greift das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht ohne Rücksicht auf ein Wartejahr sofort ein, wenn der Mann unbekannten Aufenthaltes ist (§ 1595a).

Der Begriff des unbekannten Aufenthaltes kehrt in der Rechtsordnung an verschiedenen Stellen wieder. Es ist zu prüfen ob einer der im Gesetz gegebenen Begriffe mit dem des Familienrechtsgesetzes identisch ist.

In § 203 I ZPO. ist ein Begriff des unbekannten Aufenthaltes gegeben, der auch an anderen Stellen der Zivilprozeßordnung wiederkehrt (§§ 177, 684 III, 686 ZPO.). Dieser hat die Bedeutung „der Allgemeinheit unbekannt“ [1]). Dieser immer im Zusammenhang mit einer Zustellung auftretende Begriff der ZPO. gewinnt seinen Sinn aus dieser Funktion; die Zustellung soll ermöglicht werden. Dazu genügt die rein formale Unbekanntheit des Aufenthalts der Allgemeinheit gegenüber, die durch Bescheinigung oder auf andere Art zu erweisen ist. Daß es sich um einen formalen Begriff handelt, zeigt sich auch darin, daß die Beibehaltung einer Wohnung oder die Bekanntheit einzelnen Personen gegenüber mit ihm nicht unver-

1) Baumbach § 203 Anm. 2.

einbar ist. Dieser formale Begriff der ZPO. kann nicht genügen, um die Ausschaltung des Mannes von dem immer noch höchst persönlichen Charakter tragenden Anfechtungsrecht zu begründen.

Tiefer und drastischer ist der Begriff des unbekannten Aufenthalts, der uns in der Verschollenheit der §§ 13ff. entgegentritt. „Verschollen ist darnach der, über den seit so langer Zeit keine Nachricht vorliegt, daß sein Leben oder Tod unsicher erscheint[1]). Abwesenheit ist zur Verschollenheit nicht erforderlich, es genügt unbekannter Aufenthalt am selben Ort; dazu kommt noch das längere Ausbleiben von Nachrichten. Daß dieser Verschollenheitsbegriff der Vorstellung des nat. soz. Gesetzgebers zugrunde gelegen hätte, ist nicht anzunehmen. Die amtliche Begründung gibt keine weitere Erklärung. Rexroth[2]) gebraucht an Stelle des „unbekannten Aufenthalts" einfach den Ausdruck „verschollen", scheint also die Begriffe gleichzusetzen. Ob Rexroth diese Gleichstellung beabsichtigte oder nur der Anschaulichkeit halber den Ausdruck „verschollen" wählte, bleibe dahingestellt. Der Wortlaut des Gesetzes spricht jedenfalls nicht für eine Gleichsetzung der Begriffe; sonst hätte der Gesetzgeber ja den aus §§ 13ff. geläufigen Ausdruck „verschollen" gebrauchen können. Gegen die Gleichsetzung spricht auch der Umstand, daß mit der Verschollenheit im Sinne des § 13 eine lange Nachrichtenlosigkeit verbunden ist; es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber einen eigenen Anlaß eines späten staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechtes zur Verfügung stellen sollte, wenn dieses Recht aus einem anderen Grunde — nämlich nach Ablauf des Wartejahres — wesentlich früher in Wirksamkeit treten kann.

Ergebnis der Untersuchung wäre, daß auch der Verschollenheitsbegriff des § 13 für die Deutung des „unbekannten Aufenthalts" in § 1595a nicht restlos befriedigen kann.

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 239; im selben Sinn Staudinger § 13 1; Planck § 13 Anm. 1.
2) Rexroth, DJ. 1938, 712.

Wieder ein anderer Begriff des unbekannten Aufenthalts erscheint bei der Abwesenheitspflegschaft des § 1911 Abs. 1, Abwesenheit mit unbekanntem Aufenthalt. „Als ein Abwesender, dessen Aufenthalt unbekannt ist, ist anzusehen, wer von seinem letzten Wohn- oder Aufenthaltsort sich entfernt hat, und dessen gegenwärtiger Aufenthalt trotz sachdienlicher Nachforschungen nicht bekannt geworden ist, desgleichen derjenige, der an diesem Ort, wenn auch eine Entfernung nicht festzustellen ist, nach den stattgehabten Nachforschungen spurlos verschwunden ist“ [1]). Diese Definition des Reichsgerichtsrätekommentars erscheint geeignet alle Fälle zu erfassen, da sie als das wesentliche Moment die Nachrichtenlosigkeit erkennt, die Abwesenheit aber elastisch deutet, um auch die selteneren Fälle zu erfassen, in denen der Unbekannte sich nicht vom Orte entfernt hat.

Der Abwesende mit unbekanntem Aufenthalt ist nicht identisch mit dem Verschollenen. „Zur Verschollenheit gehört ein länger dauernder Zustand der Nachrichtenlosigkeit, in deren Folge es ungewiß ist, ob der Abwesende noch lebt“ [2]).

Aus dieser Gegenüberstellung heraus scheint der Begriff des unbekannten Aufenthaltes in § 1595a der Abwesenheit mit unbekanntem Aufenthalt des § 1911 Abs. 1 sehr nahestehend, um nicht zu sagen identisch zu sein. Im Unterschied zur Verschollenheit ist die Nachrichtenlosigkeit von kürzerer Dauer; Ungewißheit über Tod oder Leben können sich natürlich auch an solche kürzere Nachrichtenlosigkeit knüpfen, müssen es aber nicht. Das charakteristische Moment des unbekannten Aufenthalts im Sinne der §§ 1911 I, 1595a liegt darin, daß bei Vorliegen der Nachrichtenlosigkeit der Aufenthalt trotz sachdienlicher Nachforschungen nicht bekannt geworden ist. Eine Abwesenheit des Unbekannten wird regelmäßig vorliegen, bei der gegebenen Deutung werden aber auch die Aus-

1) RGRKom. § 1911 Anm. 1; strenger hinsichtlich der Abwesenheit, Staudinger § 1911, 2a.

2) Kipp-Wolff, S. 571 N. 12.

nahmefälle, in denen der Unbekannte sich nicht vom Orte entfernt hat, miterfaßt.

Die Parallele zwischen § 1911 Abs. 1 und § 1595a liegt aber auch im Folgenden: in beiden Fällen sind Interessen zu hüten, an deren Wahrnehmung der eigentliche Träger verhindert ist; dort sind es Vermögensinteressen, hier Familien- und Personenstandsinteressen.

Die gegebene Deutung des „unbekannten Aufenthalts" in § 1595a entspricht ferner der Tendenz des Gesetzgebers. Der Staatsanwalt soll nach dem Sinn des Familienrechtsgesetzes tätig werden können, wenn beachtliche Hindernisse der Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Ehemann entgegenstehen. Bleibt der Aufenthalt des Ehemannes beim Vorliegen der Nachrichtenlosigkeit trotz sachdienlicher Nachforschung unbekannt, dann ist es Zeit für den Staatsanwalt einzugreifen, ohne daß er lange warten müßte, bis Zweifel über Leben oder Tod des Mannes auftauchen und diesen zu einem Verschollenen machen.

Grundlage jeder Anfechtung durch den Staatsanwalt ist die Gebotenheit dieser Anfechtung im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes. Vor jedem dem Anfechtungsschritt hat der Staatsanwalt die Prüfung vorzunehmen, ob ein solches Interesse gegeben ist.

Wann liegt nun ein öffentliches Interesse, also ein Interesse der Allgemeinheit, ein Interesse der Volksgemeinschaft vor?

Das öffentliche Interesse war schon immer ein wichtiger Faktor in den besonderen Verfahrensarten des 6. Buches der Zivilprozeßordnung und bedingte einen starken öffentlich-rechtlichen Einschlag für die Wahrnehmung der bedeutenden Interessen der Allgemeinheit am Familienstand[1]). Die staatsanwaltschaftliche Mitwirkung und die Einschränkung der Parteienherrschaft wahren die wesentlichsten Züge bei den Ehe- und Familienstandssachen des 6. Buches der ZPO.

Eine noch stärkere Beachtung findet das öffentliche

1) Baumbach, Grundz. 1 vor § 606.

Interesse in der nat. soz. Rasse- und Familiengesetzgebung, die deshalb zur Deutung des Begriffes „öffentliches Interesse" herangezogen werden soll, insbesondere auch wie sie nach § 1754 II,3 in Fassung des Ehemißbrauchgesetzes vom 23. November 1933 zum Ausdruck gekommen ist.

Die Begründung zum Familienrechtsgesetz[1]) äußert sich über das „öffentliche Interesse" wie folgt: „Wenn die Ermittlungen, die der Staatsanwalt anzustellen haben wird, bevor er sich über die Erklärung der Anfechtung schlüssig wird, deutliche Anhaltspunkte für die nichteheliche Abstammung eines als ehelich geltenden Kindes ergeben, wirde in öffentliches Interesse an der Klarstellung der Abstammung stets bestehen, wenn diese Klarstellung aus erb- und rassepflegerischen Gründen notwendig wird".

Das öffentliche Interesse ist gegeben, wenn die rassische Abstammung des Ehebruchkindes unklar ist, sei es bei einer rassischen Mischehe der arischen Mutter mit dem nichtarischen Ehemann, sei es bei einer Geschlechtsverbindung der arischen Mutter mit dem nichtarischen Erzeuger. Das öffentliche Interesse ist ebenso gegeben, wenn in Frage steht, ob der Erzeuger erbgesund oder erbkrank war[2]).

„Das öffentliche Interesse erfordert Klarheit hinsichtlich der Rassenzugehörigkeit der in Deutschland ansässigen Personen".

Das sind wesentliche, aber nicht die einzigen Gründe des öffentlichen Interesses. „Der Begriff des öffentlichen Interesses gibt dem Gericht einen Maßstab dessen Inhalt nicht unbedingt generell feststeht. Das Gericht hat vielmehr bei jedem einzelnen Fall, der ihm zur Entscheidung vorgelegt wird, zu prüfen, welche Bedeutung die Sonderumstände gerade dieses Falles für die Allgemeinheit, für

1) Begr. S. 620 zu § 5.

2) Vgl. Rschr. des RJM. in DJ. 1934, S. 9 zu § 1754 II, 3; Maßfeller, „Die Grundsätze der Erb- und Rassenpflege im deutschen Familienrecht", ZAk. DR. 1935, 767, III; Brandis, JW. 1934, 6; v. Rozycki, DRZ. 1934, 151; Rexroth, DJ. 1938, 711; Schlegelberger, Bd. I, S. 470 zu § 68 FGG.

das öffentliche Interesse haben“ [1]). Diese Kundgebung des Landgerichts Hamburg gibt den richtigen Hinweis, daß ganz nach dem Fall das öffentliche Interesse sehr verschieden motiviert sein kann.

Benachteiligte Interessen Dritter, vor allem der Erben des Mannes, können das öffentliche Interesse begründen, wenn die Weiterbehandlung des unehelichen Kindes als ehelichen die Dritten in einer mit gesundem Rechtsdenken unvereinbaren Weise schädigen würde [2]).

Interessen der Mutter können, wie auch Interessen des Erzeugers, Drittinteressen sein, die den Staatsanwalt zur Anfechtung bestimmen. Dieses Drittinteresse wird sich vielfach mit dem öffentlichen Interesse oder dem Interesse des Kindes decken, z. B. wenn die Legitimation durch Eheschließung zwischen Mutter und Erzeuger des Kindes die Unehelichkeitserklärung desselben voraussetzt (§ 1719). Auf jeden Fall haben Mutter und Erzeuger die Möglichkeit ihre Interessen wahrzunehmen, indem sie die Anregung zu einer staatsanwaltschaftlichen Anfechtung geben [3]).

Das öffentliche Interesse und das Interesse des Kindes werden vielfach gleichlaufen, besonders in Fragen der Erb- und Rassenpflege [4]). Da die Klarheit der blutmäßigen Abstammung als höherwertiges Interesse gegenüber dem vermögensrechtlichen Interesse des Kindes an einem Unterhaltsanspruch anerkannt ist [5]), ist eine Kollision zwischen Interesse des Kindes und der Oeffentlichkeit in diesem Falle nach heutiger Auffassung nicht möglich.

Andererseits können natürlich auch rein vermögensrechtliche Interessen des Kindes den Staatsanwalt zur Anfechtung bestimmen, wenn die wirtschaftliche Versorgung des Kindes durch den reichen Erzeuger wesentlich sicherer gestellt ist, als durch den armen Ehemann der Mutter. Eine Grenze in dieser Hinsicht ist aber, daß die Klarheit

1) LG. Hamburg in DJ. 1936, 1302.
2) Begr. S. 620 zu § 3; Rexroth, DJ. 1938, 711.
3) Maßfeller, JW. 1938, 1220 unter 2b.
4) Maßfeller, JW. 1938, 1219 unter 1 aβ.
5) Rexroth, DJ. 1938, 711.

der blutmäßigen Abstammung nicht etwa aus vermögensrechtlichen Interessen überdeckt wird.

In allen Fällen, in denen nach bisherigem Recht Interessen des Kindes durch das Anfechtungsmonopol des Mannes verkürzt waren, wird nunmehr der Staatsanwalt eingreifen können.

Die Prüfung und Entscheidung der Frage, ob ein öffentliches Interesse oder ein Interesse des Kindes vorliegen und die Anfechtung notwendig machen, unterliegt allein dem pflichtgemäßen Ermessen des Staatsanwalts. An seine Entscheidung ist jedermann, auch das Gericht gebunden, das die Gebotenheitsfrage nicht nachprüfen kann. Auch das Kind hat keinerlei Einspruchsrecht; lediglich im Wege der Aufsichtsbeschwerde kann es versuchen die staatsanwaltschaftliche Anfechtung zu verhindern[1]). Ueber die Beschwerde entscheidet der Generalstaatsanwalt beim OLG., gegebenfalls der Reichsjustizminister[2]).

Es entspricht der öffentlich-rechtlichen Funktion des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts, daß es an keine Frist gebunden ist. Anders als beim Anfechtungsrecht des Mannes, dessen Unbefristetheit für Familienfrieden und Familiensicherheit untragbar wäre, kann das Recht des Staatsanwaltes unbefristet sein, weil die unparteiische Prüfungspflicht die Sicherheit gibt, daß der Staatsanwalt nur im Interesse wichtiger Belange der Volksgemeinschaft auch nach längeren Jahren noch zur Anfechtung schreiten wird.

Die Formen der staatsanwaltschaftlichen Anfechtung sind dieselben wie beim Mann, Klage bei Lebzeiten des Kindes (§ 1596 I; § 7 III, FamRG.) Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht nach dem Tode des Kindes. (§ 1597)[3]).

Diese Anfechtungserklärung hat, wie oben ausgeführt nur die Wirkung der materiell-rechtlichen Anfechtung und eröffnet die Möglichkeit der Geltendmachung der Unehe-

1) Rexroth, DJ. 1938, 711.
2) Maßfeller, JW. 1938, 1220 unter 2b.
3) Begr. S. 620 zu § 5.

lichkeit gemäß § 1593 durch jedermann in einem eigenen Verfahren. Dieses Verfahren ist aber nicht der Anfechtungsprozeß gemäß §§ 641 ff. ZPO., sondern ein gewöhnliches Feststellungsverfahren gemäß § 256 ZPO.; auch für den Mann und den Staatsanwalt gilt nichts anderes. Auch nach jetzigem Recht ist also eine Feststellung der Unehelichkeit des Kindes mit Wirkung für und gegen alle nach seinem Tode nicht mehr möglich [1]).

Stirbt das Kind während des Anfechtungsprozesses des Mannes, dann gilt der Rechtsstreit nach § 641 I mit § 628 ZPO. als erledigt. Auch hier ist ein Urteil mit allgemein bindender Kraft nicht mehr möglich. Es ist Rexroth [2]) zuzugeben, daß eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht diesenfalls möglich, aber weder notwendig noch zweckmäßig ist, da durch diese Erklärung nur dasselbe erreicht würde, wie durch die in der Anfechtungsklage des Mannes liegende materielle Anfechtung, nämlich die freie Bahn für die Bestreitung der Ehelichkeit durch jeden Dritten gemäß § 1593.

Bei dieser Lösung ist es im höchsten Maße unbefriedigend, daß nach dem Tode des Kindes eine Feststellung seines Familienstandes mit allgemein bindender Wirkung nicht mehr möglich ist. Das öffentliche Interesse wird auch nach dem Tode des Kindes vielfach an einer allgemein bindenden Feststellung interessiert sein, besonders auch um der Klarheit der blutmäßigen Abstammung willen.

Eine gesetzliche Möglichkeit zur Durchführung ist nicht gegeben. „Die Anfechtung hat der Staatsanwalt .. nach dem Tode des Kindes durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1597) vorzunehmen, sagt die amtliche Begründung [3]) des Familienrechtsgesetzes und weist damit auf die absolute Gültigkeit von § 1597 auch für den Staatsanwalt hin.

Hier liegt offenbar eine Lücke im neuen Gesetz vor

1) Maßfeller, JW. 1938, 1221 unter 2e.
2) Rexroth, DJ. 1938, 712.
3) Begr. S. 620 zu § 5.

dessen Tendenz eine Klärung der blutmäßigen Abstammung in allen Fällen zu ermöglichen, diesenfalls nicht durchführbar ist. Eine künftige Neugestaltung des Familienrechts, wird diese Lücke beachten müssen, wobei der Vorschlag Günthers [1]), einer Feststellungsklage gegen die Erben des Kindes in einem besonderen Verfahren als Möglichkeit erwähnt sei.

Es wäre aber auch daran zu denken das reguläre Anfechtungsverfahren gegenüber einem für das verstorbene Kind aufzustellenden Pfleger durchzuführen. Dieser Gedanke ist nicht so fernliegend. Das Oesterreichische Recht kennt in seinem § 159 ABGB. n. F. für den umgekehrten Fall, die Anfechtungsklage des Kindes gegenüber dem verstorbenen Mann die Aufstellung eines Kurators zu dessen Interessenwahrnehmung [2]).

Eine andere Lösung wäre die Kompetenz eines Organes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Nachlaßgerichts oder besser des Vormundschaftsgerichtes, zur allgemein bindenden Feststellung des Familienstandes des verstorbenen Kindes durch Beschluß. Ermittlungen des Gerichts und Beschluß wären erst auf Veranlassung der Anfechtungserklärung des Mannes oder des Staatswanwalts vorzunehmen.

§ 15. Die Anfechtungsform nach dem Tode des Kindes.

Da einerseits nach dem Tode des Kindes nicht jedes Interesse an der Erklärung seines Familienstandes erloschen ist, und andererseits diese Interessen nicht mehr so erheblich sind, um ihnen die stärkste Durchsetzungsmöglichkeit eines gerichtlichen Prozeßverfahrens zu verleihen, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt in § 1597 eine besondere Form der Anfechtung zur Verfügung zu stellen.

Daß man sich über die Notwendigkeit dieser Bestimmung von vornherein klar war, zeigte sich in dem

1) Günther, Rechtspfl. S. 166.
2) Vgl. Kreuzer, Diss. S. 27.

§ 1475 II des Entwurfs I, der mit nur technisch geänderter Fassung in das BGB. als § 1597 Aufnahme fand.

Nach der Anschauung der Väter des BGB. traten das öffentliche Interesse und das Schutzbedürfnis des Kindes nach dessen Tode zurück; die im Interesse einheitlicher Feststellung gegebene Klageform konnte einer anderen Form Platz machen, sofern diese den nicht entbehrlichen Schutz vor übereilten Anfechtungserklärungen gewährleistet.

Der § 1597 ist im wesentlichen dem § 1342 nachgebildet, der die Anfechtung der Ehe nach dem Tode des nicht-anfechtungsberechtigten Ehegatten regelt; deshalb kann die Interpretation die § 1342 gefunden hat, zur Auslegung von § 1597 herangezogen werden.

Da im Falle des Todes vor allem erbrechtliche Gesichtspunkte zu beobachten sein werden, hat man als Erklärungsgegner das Nachlaßgericht und nicht das Vormundschaftsgericht bestimmt. Es kann ein Interesse des Mannes gegeben sein, das Erbe seiner Abkömmlinge nicht zugunsten etwaiger Abkömmlinge des Ehebruchkindes schmälern zu lassen.

Die Bestimmung, daß die Erklärung „gegenüber" und nicht „vor" dem Nachlaßgericht stattfinden soll, besagt, wie schon die Motive aussprechen[1]), daß sie auch schriftlich erfolgen kann etwa durch einfache Uebersendung[2]).

Die öffentlich beglaubigte Form der Erklärung verlangt Schriftform und Beglaubigung der Unterschrift durch die zuständige Behörde (§§ 129 BGB.; 167, 183 FGG). Wird die Erklärung „vor" dem Nachlaßgericht selbst abgegeben, dann ist die Form der gerichtlichen Beurkundung zu wählen, also ein Protokoll aufzunehmen. Damit ist aber nach § 129 II die Form der öffentlichen Beglaubigung ebenfalls gewahrt.

Aus dem Prinzip der Formstrenge (§ 125) ergibt sich

1) Mugdan IV, S. 55.
2) Planck § 1342 Anm. 1.

die Nichtigkeit der Anfechtungserklärung, wenn eines der vorgeschriebenen Erfordernisse fehlt.

Die Erklärung, die der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Ehemannes abgibt, ist ebenfalls nichtig, sie gilt als nicht erfolgt, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht rechtzeitig vorliegt[1]). Diese muß spätestens vorliegen vor dem Zeitpunkt, in welchem das einseitige Rechtsgeschäft der Anfechtungserklärung wirksam wird[2]); sie muß also vor dem Eingang der Erklärung bei dem Nachlaßgericht erteilt sein[3]). Es ist nicht zweifelhaft, daß es sich bei der Erklärung des § 1597 um eine einseitige amtsempfangsbedürftige Willenserklärung handelt, sodaß § 1831 entsprechend anwendbar ist.

Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung kann der Akt des § 1597 auch anfechtbar sein nach den Grundsätzen der §§ 119ff. und 142ff. Ob diese Anfechtung der Anfechtungserklärung in der gewöhnlichen Form gemäß § 143 III erfolgen kann oder einer besonderen Form bedarf, ist fraglich. Es ist der Argumentation von Planck[4]) zuzustimmen in Analogie zur Anfechtung der Erbschaftsausschlagung des § 1955 auch für die Anfechtung der Eheanfechtungserklärung die Form der öffentlich-beglaubigten Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu fordern und die gebotene Analogie auch auf § 1597 anzuwenden. In § 1342 und § 1597 handelt es sich wie im Falle des § 1955 darum, daß formalisierte Erklärungen gegenüber dem Nachlaßgericht angefochten werden. Stellt der Gesetzgeber eine strenge Form für die Entstehung einer Erklärung zur Verfügung, so kann es auch als seine Absicht gedeutet werden, daß diese Erklärung vor allzu leichtem Untergang ebenfalls durch eine strenge Form geschützt werde.

Die Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgericht kann sich auf die einfache Erklärung beschränken, braucht also

1) Planck § 1595 Anm. 4.
2) Planck § 1831 Anm. 5.
3) Planck § 1595 Anm. 2.
4) Planck § 1342 Anm. 2.

die die Anfechtung begründenden Tatsachen nicht zu enthalten.

Im Gegensatz zu der mündlichen Anfechtbarkeit der Erklärung des § 1597 wird eine Widerruflichkeit derselben allgemein abgelehnt[1]). Die Widerruflichkeit würde keinem Bedürfnis entsprechen, da das wesentliche Moment — der Schutz vor Uebereilung — durch die Formvorschrift genügend beachtet ist.

Es war nach bisherigem Recht bestritten, ob eine Zurücknahme der Anfechtungserklärung dann möglich sein sollte, wenn sie als Anerkennung zu werten sei[2]). Mit der durch § 6 FamRG. erfolgten Aufhebung des Instituts der Anerkennung ist diese Frage wie alle mit der „Anerkennung" verbundenen Streitfragen hinfällig geworden.

Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes bestimmt sich sachlich nach § 72 FGG., örtlich nach dem Wohnsitz des Mannes, der, wie schon dargelegt, auch für das Ehebruchkind maßgebend ist (§ 11 BGB.).

Die Doppelnatur der Anfechtungsklage als materieller Anfechtungsakt und prozessuale Willenserklärung tritt deutlich hervor aus dem Gegenspiegel der Erklärung des § 1597. Diese ist materieller Anfechtungsakt, nicht aber prozessuale Willenserklärung. Es fehlt das die Begründetheit der Anfechtung aussprechende Feststellungsurteil. Deshalb wird nun nicht etwa durch den Akt des § 1597 der Familienstand des Kindes mit allgemein bindender Kraft festgestellt, sondern es tritt nur die Wirkung der materiellen Anfechtung ein, das gemäß § 1593 die Voraussetzung für die Geltendmachung der Unehelichkeit durch jeden Dritten geschaffen ist. Diese Unehelichkeit des Kindes zu beweisen und festzustellen, ist aber Aufgabe eines besonderen Prozeßverfahrens, das von demjenigen anzustrengen ist, der sich auf die Unehelichkeit beruft.

1) Staudinger § 1597 Anm. 5; Planck § 1597 Anm. 2; RGR-Kom. § 1597 Anm. 1; Goldmann S. 216; unrichtig Opet S. 34, der Widerruflichkeit „mangels ausschließender Bestimmung wohl für zulässig erachtet".

2) Goldmann S. 216.

Aus dieser Sachlage ergibt sich aber, daß die für und gegen alle wirkende Feststellung des Familienstandes, wie sie im Anfechtungsprozeß gemäß § 643 ZPO. erfolgt, nicht mehr möglich ist, sondern nur eine zwischen den Parteien wirkende Feststellung des Familienstandes erfolgen kann.

Das Bild, das § 1597 zunächst hervorruft, ist also trügerisch; die form- und fristgerechte Anfechtungserklärung des § 1597 macht einen Beweis der Unehelichkeit des Kindes im besonderen Verfahren nicht entbehrlich[1]). Auch Ehemann und Staatsanwalt sind dieses Beweises nicht enthoben, sondern können die Unehelichkeit des Kindes nur in der jedem Dritten zugänglichen Form des Feststellungsverfahrens nach § 256 ZPO. zur Geltung und zur Durchführung bringen[2]).

Mitteilungspflichten des Nachlaßgerichts an den möglichen Erben ergeben sich aus § 1597 Abs. 2. In Satz 1 dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung die Gültigkeit der Anfechtung nicht berührt. Im Satz 2 dieser Bestimmung ist das Einsichtrecht ausgesprochen, das nach § 34 FGG. demjenigen, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, zuzubilligen ist. § 1597 spricht von einem rechtlichen Interesse, es genügt irgendein rechtliches Interesse des öffentlichen oder privaten Rechts; nicht ist die Einsicht beschränkt auf den Nachweis eines vermögensrechtlichen Interesses[3]).

Das Anfechtungsrecht des § 1597 unterliegt wie das Anfechtungsklagrecht des § 1596 der Befristung des § 1594, ist also binnen Jahresfrist seit der erlangten Kenntnis der Unehelichkeitsumstände wahrzunehmen. Nach Ablauf der Frist ist die Anfechtung gegenüben dem Nachlaßgericht durch den Mann ausgeschlossen.

Der § 1597 bestimmt auch die für den Staatsanwalt

---

1) Planck § 1342 Anm. 4; Staudinger § 1597 Anm. 6; RGRKom. § 1597 Anm. 1.

2) RGRKom. § 1597 Anm. 1.

3) Planck § 1342 Anm. 3.

nach dem Tode des Kindes gültige Anfechtungsform[1]). Da aber das staatsanwaltschaftliche Anfechtungsrecht im Prinzip ewig und an keine Endfrist gebunden ist, kann grundsätzlich auch die Anfechtungserklärung des § 1597 unbegrenzt erfolgen. Mit Rexroth[2]) ist eine vorsichtige Prüfung zu empfehlen, ob das öffentliche Interesse an der Anfechtung noch besteht, wenn der Tod des Kindes schon sehr lange zurückliegt, um unnötige Störungen des Familienfriedens zu vermeiden.

Besonderheiten ergeben sich außerdem für die Anfechtungserklärung des Staatsanwaltes bezüglich der Anfechtbarkeit derselben. Die Entscheidung dieser Frage ist davon abhängig, ob man die staatsanwaltschaftliche Erklärung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder um den Ausdruck von Kipp zu gebrauchen, als Staatswillenserklärung, als obrigkeitlichen Akt auffassen will.

Diese Streitfrage hat sich an den Begriff der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung geknüpft und ist für diese von vielen im letzteren Sinn[3]), von anderen, darunter auch von Planck[4]) im ersteren Sinn entschieden worden. Obwohl es sich bei der staatsanwaltschaftlichen Anfechtungserklärung nicht um eine behördliche Entscheidung handelt, die zu einer bestehenden Willenserklärung dazutritt, sondern darum, daß der Staatsanwalt Träger einer Willenserklärung ist, die andernfalls von dem Mann als einem Privaten auszusprechen ist, so bleibt das Problem doch dasselbe: welchen rechtlichen Charakter hat die Mitwirkung einer Staatsbehörde bei Rechtsgeschäften der Privatrechtssphäre. Der Streit ist zu erklären aus der früheren scharfen Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht. Diese Trennung ist aber nach nat. soz. Rechtsauffassung als überholt zu bezeichnen. Man bemüht sich heute das Ineinandergreifen und das Wachsen

1) Begr. S. 620 zu § 5; Rexroth DJ. 1938, S. 712.

2) Rexroth a.a.O.

3) Staudinger § 1828, 9b mit Angabe der Vertreter der Gemeinungen.

4) Planck Vorbem. 2 vor § 1821, 1822.

der beiden Sphären des privaten und öffentlichen Rechts aus gemeinsamer Wurzel zu erkennen. Dieser Auffassung kommt bereits nahe die vom Reichsgerichtsrätekommentar zum § 1828 gegebene Interpretation: „Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist in erster Linie eine obrigkeitliche Handlung . . . . Andererseits hat die Genehmigung privatrechtliche Wirkungen und insoweit rechtsgeschäftliche Eigenschaften (RG. 71, 170; 99, 74; 121, 36; 137, 345). Auf dieser Rechtsnatur der Genehmigung beruht es, daß auf sie die allgemeinen Grundsätze über Privatwillenserklärungen entsprechende Anwendung finden".

Diese Deutung des rechtlichen Charakters ist auf die Anfechtungserklärung des Staatsanwaltes zu übertragen, sodaß die oben entwickelten Anfechtbarkeitsgrundsätze auch auf die Anfechtungserklärung des Staatsanwalts gegenüber dem Nachlaßgericht Anwendung finden können[1]).

§ 16. Die besondere Struktur des Anfechtungsprozesses.

Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung hatte erkannt, daß das öffentliche Interesse, daß ein geordneter Staat an der Entscheidung der familienrechtlichen Streitigkeiten nehmen muß, in dem gewöhnlichen, durch die Parteienherrschaft charakterisierten zivilprozessualen Verfahren, nicht gewahrt werden könne und deshalb in § 606ff. ZPO. Verfahrensnormen zur Verfügung gestellt, in denen die Parteiherrschaft über den Prozeß weitgehend beschränkt und das öffentliche Interesse berücksichtigt war. Das Familienrechtsgesetz vom 12. April 1938 hat diesen Einfluß des öffentlichen Interesses um der völligen Klärung der blutmäßigen Abstammung der Ehebruchskinder willen noch gesteigert, sodaß der heutige Anfechtungsprozeß in noch stärkerem Maße die Züge eine Offizialverfahrens trägt. Die Bemerkung Baumbachs[2]), daß aus dem Geiste des Familienrechtsgesetzes heraus wohl der Verweisungs-

1) Vgl. auch Planck, Vorbem. 2 vor § 1821.
2) Baumbach § 641 Anm. 2B.

katalog des Ehelichkeitsfeststellungsprozesses in § 640 ZPO. im ganzen Umfang auch auf den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß des § 641 ZPO. Anwendung finden müsse, faßt in Worte, was sich bereits aus der gesetzlichen Neuordnung[1]) als Tatsache ergibt: ein Unterschied in der entsprechenden Anwendung aller, den Offizialcharakter bestimmenden Normen des Ehestandsprozesses besteht nach heutigem Recht zwischen dem Ehelichkeitsfeststellungsprozeß und dem Ehelichkeitsanfechtungsprozeß nicht mehr.

Die zivilprozessualen Normen über Kindschaftssachen (§§ 640 ff. ZPO.) schließen sich eng an das Vorbild der Normen über Ehesachen (§§ 606 ff.) an. Im Folgenden sei ein kurzer Ueberblick über die besondere Struktur des Anfechtungsprozesses gegeben, die — soweit nichts Besonderes bemerkt — für den Prozeß des Mannes wie des Staatsanwaltes gilt[2]).

1. Sachlich legitimiert sind auf der Aktivseite nur der Ehemann und der Staatsanwalt, auf der Passivseite nur das Kind (§§ 1594, 1595a, 1596). Andere Interessenten sind als Prozeßlegitimierte im Anfechtungsprozeß ausgeschlossen und auf die Geltendmachung der Unehelichkeit gemäß § 1593 beschränkt, die sich im gewöhnlichen Feststellungsverfahren nach § 256 ZPO. vollzieht, sofern der Prozeßweg beschritten wird.
2. Sachlich zuständig ist ausschließlich das Landgericht (§ 71 GVG.). Oertlich zuständig ist das für den Wohnsitz des Ehemannes zuständige Landgericht (§§ 13 ZPO., 11, 1596 III BGB.).

Es besteht immer die Möglichkeit den Anfechtungsprozeß vor einem deutschen Gericht zu führen, auch wenn die beteiligten Reichsangehörigen im Ausland leben oder die Reichsangehörigkeit verloren haben (§ 642 ZPO.).

Die Anwendung deutschen Rechts war aber nach

1) §§ 641 ff. ZPO. § 7 FamRG.; § 3 DuVO. zum FamRG. v. 23. April 1938 (RGBl. I, 417).

2) § 7 FamRG.; § 5 DVO.

Art. 18 EGBGB. nur dann gesichert, wenn der Ehemann der Mutter in der Gegenwart oder Vergangenheit deutscher Reichsangehöriger war. Durch einen nach § 8 FamRG. eingefügten Absatz 2 zu Art. 18 ist die Anwendung deutschen Rechts auch gesichert, wenn der präsumtive Vater und damit, wie es meistens der Fall ist, auch das Kind Ausländer ist, die Mutter aber nach der Eheschließung mit dem ausländischen Ehemann irgendwann die Reichsangehörigkeit wieder erlangt hat. Bei dem für die Mutter zuständigen Landgericht ist in diesem Fall auch ein Gerichtsstand für den Anfechtungsprozeß gegen das Ehebruchskind mit ausländischer Staatsangehörigkeit begründet (§ 8 FamRG.).

Die Klage gegen das ausländische Ehebruchskind kann der Staatsanwalt erheben, doch auch der ausländische Ehemann.

Motiv zu dieser Neuregelung ist die Klarstellung der Rassen- und Sippenzugehörigkeit auch dann zu sichern, wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter ein öffentliches Interesse an der Reichs- und Volkszugehörigkeit des Ehebruchkindes begründet[1]).

3. Der Prozeßbevollmächtigte des klagenden Ehemannes bedarf einer besonderen auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht, deren Mangel von Amtswegen zu berücksichtigen ist (§ 641 I mit § 613 ZPO.).

Der klagende Staatsanwalt als Partei bedarf dieser Vollmacht nicht; für den Prozeßbevollmächtigten des klagenden Staatsanwalts wird aber die Notwendigkeit dieser Sondervollmacht zu bejahen sein.

4. Wie nach bisherigem Recht ist der Staatsanwalt weiter zur Mitwirkung befugt im Anfechtungsprozeß des Mannes. (§§ 641 I, 607 ZPO., § 7 FamRG.). Er hat ein Recht sämtlichen Terminen beizuwohnen, ist vom ersten mündlichen Termin von Amtswegen zu unterrichten hat ein Recht zur gutachtlichen Aeußerung über die Entscheidung vor dem Urteilserlaß.

1) Vgl. im Einzelnen Begr. S. 621 zu § 8; Rexroth, DJ. 1938, 714; Maßfeller, JW. 1938, 1221 ff.

Das Recht zur Vorbringung neuer Tatsachen und Beweismittel galt nach der bisherigen Regelung nur für die Verteidigung der Ehelichkeit. Nach jetzigem Recht gilt es auch für die Vernichtung der Ehelichkeit[1]). Die Einschränkung auf ehelichkeitsfreundliche Tatsachen in § 607 III ZPO. ist also durch § 7 FamRG. überholt.

Der Staatsanwalt ist zur Mitwirkung im Anfechtungsprozeß des Mannes befugt, aber nicht verpflichtet. Von der Befugnis wurde praktisch selten Gebrauch gemacht[2]). Bei der öffentlich-rechtlichen Tendenz des neuen Anfechtungsprozesses wird die staatsanwaltschaftliche Mitwirkung zur Wahrnehmung der öffentlichen Interessen der Volksgemeinschaft auch im Anfechtungsprozeß des Mannes eine lebhaftere werden.

Dagegen besteht Mitwirkungs- und Tätigkeitspflicht in dem vom Staatsanwalt selbst durch Klage erhobenen Anfechtungsprozeß[3]). In diesen Fällen ist der Staatsanwalt Partei. Die Erweiterung des Amtsbetriebs nach § 7 FamRG. gilt auch für den vom Staatsanwalt geführten Anfechtungsprozeß.

5. Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen zur Vernehmung über die von ihm, von dem Gegner oder vom Staatsanwalt[4]) behaupteten Tatsachen (§§ 641 I, 619 ZPO; § 7 III FamGG.).

Die heutige Bedeutung von § 619 ZPO. ist umstritten. Stein-Jonas sei als Vertreter der Gruppe genannt, die in ihm einen Sonderfall der Parteivernehmung nach §§ 445ff. ZPO. erblickt[5]). Im Hinblick auf die Parteianhörung zur Aufklärung nach § 141 ZPO. und den allgemein anerkannten Beweiswert, der der Vernehmung nach § 619 ZPO. zukomme, sei die strenge Trennung zwischen

1) Begr. S. 621 zu § 7 a. E.; ebenso Rexroth, DJ. 1928, 713.

2) Baumbach § 607 Anm. 1.

3) Vgl. die Nichtigkeitsklage nach Art. 2 § 1 Ehemißbrauchgesetz, nach § 1 Blutschutzges., nach § 3 Ehegesundheitsges.

4) Im staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsprozeß fällt der Staatsanwalt mit der Klagepartei zusammen.

5) Stein-Jonas § 619, III; OLG. Kassel in JW. 1935, 3489.

der Vernehmung zu Beweiszwecken nach § 445 ZPO. und der Vernehmung des § 619 ZPO. nicht mehr haltbar.

Die herrschende Gegenmeinung unter der Führung Baumbachs hält aber an dem selbständigen Charakter der Parteivernehmung zur Aufklärung nach § 619 ZPO. fest, der eine Mittelstellung einnehme zwischen der Parteianhörung nach 141 ZPO. und der Parteivernehmung zu Beweiszwecken nach § 445 ZPO.[1]).

Beiden Meinungen ist bewußt die nahe Berührung zwischen der Parteivernehmung zur Aufklärung des § 619 ZPO. und der Parteivernehmung zu Beveiszwecken nach §§ 445ff. ZPO. In diesem Bewußtsein anerkennt auch Baumbach, daß § 619 ZPO. bis zu einem gewissen Grade überflüssig geworden sei. Dennoch ist mit Baumbach einstweilen an dem selbständigen Charakter des § 619 ZPO. festzuhalten. Die Zivilprozeßnovelle vom 27. Oktober 1933 brachte keine Aufhebung, ja nicht einmal einen Hinweis auf § 619 ZPO. Solange diese Bestimmung aber nicht ausdrücklich aufgehoben ist, ist sie als weiter gültig zu betrachten.

Die Gleichstellung der Vernehmungen des § 619 ZPO. und der §§ 455ff. ZPO. ist auch den Anhängern der Steinschen Gruppe nur bis zu einem gewissen Grade möglich. „Die Vernehmung nach § 619 ZPO. sei durch die Novelle 1933 zu einem Institut geworden, das den Gedanken der Parteivernehmung in gewissem Umfang — bis zu dem Punkt der Notwendigkeit einer Vereidigung, die auch bei der allgemeinen Parteivernehmung nur subsidiärer Natur sei, § 452 ZPO. — vorweg nehme“[2]).

Der Parteivernehmung nach §§ 445ff. ZPO. kann als Nachfolgerin des Parteieides eine gewisse Förmlichkeit nicht fehlen. Die verbreitete Ansicht den Mangel eines Beweisbeschlusses — trotz § 450 I ZPO. — nur als Verfahrensverstoß zu werten[3]) kann nur als eine nicht

---

1) Baumbach § 619 Anm. 1; KG. in JW. 1934, S. 700 und 915; OLG. Hamburg in JW. 1934, 3014; Gäedeke in JW. 1934, 656.

2) Anm. Bach zu OLG. Kassel, JW. 1935, 3490.

3) Gädeke, JW. 1934, 656; KG. in JW. 1934, 700.

unbedenkliche Abbiegung von diesem Gedanken bezeichnet werden.

Das Ergebnis der Betrachtung wäre, daß § 619 ZPO. — mangels ausdrücklicher Aufhebung — gültig und als besondere Vernehmungsform zur Aufklärung im Anfechtungsprozeß des Mannes und des Staatsanwaltes verwendbar ist. Diese Vernehmungsform hat besondere Bedeutung bei der Erweiterung der Amtsermittlung auf ehelichkeitsfeindliche Tatsachen [1]).

Daß die Parteivernehmung zu Beweiszwecken nach §§ 445ff. ZPO. wie jedes andere Beweismittel im Anfechtungsprozeß unabhängig von der Vernehmung des § 619 ZPO. verwendbar ist, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

6. Für Terminansetzung und Ladung finden die Bestimmungen für Ehesachen entsprechende Anwendung (§§ 641 I, 618 ZPO.). Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist unzulässig (§§ 641 I, 618 V ZPO.) So schon das bisherige Recht. Durch die nach § 5 DVO. für anwendbar erklärte Bestimmung des § 635 ZPO. sind die Nachteile eines Versäumnisurteils jetzt auch bei Säumnis des Klägers ausgeschaltet, indem das Urteil gegen den Kläger dahin zu erlassen ist, daß die Klage als zurückgenommen gilt. Es tritt also die gleiche Rechtslage ein wie bei der Klagezurücknahme nach § 1596 II, BGB. die materielle Anfechtung gilt als nicht erfolgt, sodaß eine neue Anfechtungsklage vom Ehemann oder Staatsanwalt erhoben werden kann.

Die vollständige Aufklärung des Sachverhaltes, also der blutmäßigen Abstammung verbietet, wie schon bisher im Ehelichkeitsfeststellungsprozeß des § 640 ZPO., so jetzt auch im Anfechtungsprozeß des § 641 ZPO. eine Entscheidung auf Grund Säumnis des Klägers. Durch Herbeiführung eines Versäumnisurteils, das rechtskräftig geworden wie ein kontradiktorisches Urteil wirkte, hatten es die Parteien in der Hand, in geheimer Uebereinstimmung den Familienstand im Gegensatz zu den wahren

1) Baumbach § 619 Anm. 1; § 7 I, FamRG.

Abstammungsverhältnissen regeln zu lassen. Die allgemein bindende Kraft eines solchen Versäumnisurteils vermochte es grundsätzlich nicht nur die Geltendmachung der Unehelichkeit nach § 1593, sondern auch die staatsanwaltschaftliche Anfechtung direkt unmöglich zu machen. Mochte auch praktisch bei der Befristung des Anfechtungsrechts des Mannes die Gefahr eines auf diese Weise herbeigeführten Versäumnisurteils und angesichts des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts nicht groß sein, so war doch Anlaß genug im Interesse einer objektiven Klärung der blutmäßigen Abstammung auch diese Möglichkeit einer Verschleierung auszuschalten [1]).

7. Der liberalistische Staat der Jahrhundertwende hatte das höchste Interesse an der Erhaltung der höchsten gesellschaftlichen Güter der Ehe, wie des ehelichen Familienstandes eines Kindes, selbst auf Kosten der Wahrheit. Aus dieser geistigen Einstellung heraus war im Anfechtungsprozeß wie im Eheprozeß die Parteidisposition stark eingeschränkt für alle ehelichkeitsfeindliche Tatsachen (§§ 641 I, 617 I,II ZPO.), die Untersuchungsmaxime war eingesetzt für alle ehe- bzw. ehelichkeitsfreundliche Tatsachen.

In der Erkenntnis der blutmäßigen Abstammung als organischer Wurzel einer wahren Ehelichkeit beseitigt der nat. soz. Gesetzgeber alle Hindernisse, die der Klärung dieser Abstammung im Wege stehen [2]), und unterbindet jede durch Parteidisposition mögliche Sabotierung dieser Klärung. Das Familienrechtsgesetz hat die Parteidisposition ausgeschaltet auch für ehelichkeitsfreundliche Tatsachen, die Untersuchungsmaxime eingesetzt auch für ehelichkeitsfeindliche Tatsachen. Anerkenntnis, unterbliebene und verweigerte Erklärungen über Tatsachen und Urkundenechtheit, Beeidigungsverzicht, gerichtliches Geständnis üben im Anfechtungsprozeß nicht ihre normale Wirkung aus, sondern bieten nur dem Gericht Beweiswürdigungsstoff (§§ 641 I, 617 I, II ZPO., 7 II FamRG.).

1) Rexroth DJ. 1938, 713.
2) Rexroth DJ. 1938, 712.

Zur Erforschung der objektiven Wahrheit kann das Gericht von Amtswegen Beweisaufnahme anordnen und nicht vorgebrachte Tatsachen berücksichtigen (§§ 641, I 622 I, ZPO. § 7 I FamRG.).

Die Einschränkungen in §§ 617 II, 622 I ZPO. sind also nach § 7 FamRG. für die Ehelichkeitsanfechtung nicht mehr gültig; die Gültigkeit dieser Einschränkungen für Ehesachen wird — soweit nicht eine andere Regelung erfolgt — durch das Familienrechtsgesetz selbstverständlich nicht berührt.

8. Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens in der Berufungsinstanz ist, anders als nach § 279 ZPO. nur in beschränktem Maße, bei Nichterwähnung des neuen Vorbringens in der Berufungsbegründung oder bei Prozeßverschleppungsabsicht möglich (§§ 641 I, 626 ZPO.).

9. Die Klagezurücknahme beseitigt die Rechtshängigkeit des Prozesses, aber wie schon erwähnt, auch die Wirkung des materiellen Anfechtungsaktes (§ 271 III ZPO. § 1596 II BGB.).

Nach bisherigem Recht war nur die Verbindung der Anfechtungsklage der Ehelichkeit mit der Anfechtungsklage der Anerkennung der Ehelichkeit statthaft (§ 641 III ZPO.). Da letztere Klage durch die nach § 6 FamRG. erfolgte Aufhebung der §§ 1598, 1599 hinfällig geworden ist, bleibt nur die eigentliche Anfechtungsklage übrig. Da § 7 III FamRG. den § 641 III ZPO. ausdrücklich auch für die staatsanwaltschaftliche Anfechtungsklage als anwendbar erklärt, so kann § 641 III ZPO. nur den Sinn haben, das Verbot einer Widerklage gegen die ehemännische oder staatsanwaltschaftliche Anfechtungsklage auszusprechen, denn eine Verbindung der ehemännischen oder staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsklage wäre sinnwidrig.

11. Stirbt im Anfechtungsprozeß des Mannes eine der Parteien, oder im Anfechtungsprozeß des Staatsanwaltes das Kind, vor der Rechtskraft des Urteils, so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen (§§ 641 I, 628 ZPO. § 7 III FamRG.).

Unter Rechtskraft ist hier die formelle oder äußere

Rechtskraft zu verstehen, die Unangreifbarkeit des Urteils durch Einspruch oder Rechtsmittel in dem anhängigen Verfahren (§ 705 ZPO.).[1])

Die Motive der schwerverständlichen Bestimmung des § 628 ZPO. werden treffend gedeutet von Endemann[2]). Mit dem Tod einer Partei falle das den Streitgegenstand bildende Rechtsverhältnis fort; die Ehe sei aufgelöst und ihre Nichtigkeit könne gemäß §§ 1329, 1343 II BGB. nun von jedermann geltend gemacht werden. Das Bedürfnis nach einem besonderen Urteil falle also fort. Der Rechtsstreit könne durch den Tod einer Partei als erledigt gelten. Aus den genannten Bestimmungen des BGB. ergebe sich also erst die innere Begründung für die abgerissene Norm des § 628 ZPO. Die für die Eheanfechtung gegebene Deutung Endemanns ist auch für die Ehelichkeitsanfechtung verwertbar. Die Bestimmung des § 1596 III BGB. ist materieller Hintergrund und innere Begründung für § 628 ZPO.

Da aber beim Tode einer Partei die materielle Anfechtungswirkung der Klage in Kraft geblieben ist, so kann die Unehelichkeit des Kindes gemäß § 1593 von jedermann geltend gemacht werden, bezw. muß sie von dem Betreffenden in einem besonderen Verfahren durchgeführt werden. Eine allgemein bindende Feststellung des Familienstandes war nach bisherigem Recht beim Tode einer Partei während des Anfechtungsprozesses nicht mehr möglich. Nach jetzigem Recht kann beim Tode des Mannes die Erhebung der Anfechtungsklage durch den Staatsanwalt eingreifen und zu einem Urteil mit allgemein bindender Feststellung des Familienstandes führen. Die Rechtslage beim Tode des Kindes wurde in S. 75 ff. dieser Arbeit schon besprochen.

12. Das zu Lebzeiten beider Parteien in Rechtskraft erstarkende Urteil im Anfechtungsprozeß wirkt nach § 643 S. 1 ZPO. für und gegen alle. Das abweisende Urteil stellt die Ehelichkeit des Kindes allgemein gültig fest; die

1) Baumbach § 705 Anm. 2; Stein-Jonas § 705, I.
2) Endemann, Familienrecht S. 218.

Unehelichkeit kann von niemand mehr geltend gemacht werden.

Das stattgebende Urteil stellt die Unehelichkeit des Kindes allgemein gültig fest; das Urteil anerkennt die gültige Kraft der in der Klageerhebung liegenden materiellen Anfechtung und damit auch die rückwirkende Kraft dieser Anfechtung (§§ 142 I, 1343 I, 1 1343 II)[1]. Das Kind ist vom Anfang an ein uneheliches.

Die rückwirkende Kraft der Anfechtung läßt auch Rechtsgeschäfte, die dritte Personen mit dem Mann als dem geschäftlichen Vertreter des Kindes abgeschlossen haben, infolge des nachträglichen Wegfalls der Vertretungsmacht hinfällig werden. Der gute Glaube dritter Personen ist im Gegensatz zur Eheanfechtung (§ 1344) nicht geschützt. Der Gesetzgeber erachtete bei der Seltenheit der Fälle den Schutz durch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag für genügend[2].

Die allgemein bindende Kraft eines Urteils ist die Ausnahme von der in § 325 I, 1 ZPO. ausgesprochenen Regel, daß ein Urteil nur für und gegen die Parteien wirkt. Durch diese Erweiterung der subjektiven Grenzen der Rechtskraft wird eine größere Zahl von Rechtssubjekten an das Urteil gebunden.

Der objektive Umfang der Rechtskraft wird einheitlich bestimmt durch § 322 I ZPO., wonach nur die Entscheidung über den erhobenen Anspruch in Rechtskraft erwächst[3]. Daß ein bestimmter Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge habe, ist also Gegenstand der Entscheidung und der Rechtskraftsbindung. Nur dieser Zu-

1) Motive IV, 663; OLG. 8, 346.

2) Motive IV, 663 ff.; Staudinger § 1596 Anm. 5; Hellwig, „Rechtskraft" S. 457 Anm. 5 bedauert diese Lücke, hält sie aber nicht mittels Analogie für ausfüllbar.

3) Die in den Entscheidungsgründen enthaltenen rechtlichen oder tatsächlichen Feststellungen werden nicht rechtskräftig, sind aber im Zweifel zur Auslegung der Urteilsformel, vor allem zur Bestimmung der Rechtsnatur des materiellen Anspruchs heranzuziehen; RG. in st. Rspr.: RG. 79, 232; 94, 195; 86, 199; 110, 149 und 390.

sammenhang, dieser „Subsumtionsschluß“ ist rechtskräftig entschieden; die tatsächliche Feststellung ist nicht Gegenstand der Bindung und kann als Wurzel einer anderen Rechtsfolge Gegenstand einer anderen richterlichen Untersuchung und Entscheidung sein[1]).

Aus dieser Auffassung des objektiven Umfanges der Rechtskraft erklärt es sich, daß die im Anfechtungsprozeß festgestellte Unehelichkeit des Kindes in einem nachfolgenden Ehescheidungsprozeß des Mannes gegen die Mutter nur Beweisumstand, aber nicht schlechthin Entscheidungsmittel des Ehebruchs ist[2]). Es sind verschiedene Ansprüche, über die in verschiedenen Prozessen entschieden wird.

Umgekehrt erwächst die in einem Ehescheidungsprozeß wegen Ehebruch der Mutter festgestellte Unehelichkeit eines Kindes nicht in Rechtskraft, sondern bedarf eines eigenen rechtskräftigen Urteils in einem eigenen Anfechtungsprozeß[3]).

13. Der innere Zusammenhang zwischen der Bestimmung des § 1596 III BGB.: „Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden“, und zwischen § 628 ZPO. wurde bereits aufgezeigt. Unbestritten ist, daß durch das stattgebende wie das abweisende Sachurteil der Rechtsstreit erledigt wird, wie unbestrittenermaßen auch durch den Tod einer Partei während des Rechtsstreits (§§ 641 I, 628 ZPO.).

Umstritten aber ist die Wirkung eines aus prozessualen Gründen abweisenden Urteils im Anfechtungsprozeß, einer sogenannten Prozeßabweisung oder Prozeßurteils.

Bei der Frage, ob dieses Prozeßurteil als Erledigung des Rechtsstreits im Sinne von § 1596 III aufzufassen ist, die jedem Dritten die Geltendmachung der Unehelichkeit ermöglicht, stößt man auf den gleichen Kernpunkt, wie

1) Stein-Jonas, § 322, I, 1.
2) RG. 102, 366.
3) OLG. 32, 41.

wenn man die Frage vom Gesichtspunkt des § 1593 aus stellt: ist mit dem Prozeßurteil auch der materielle Anfechtungsakt erledigt oder bleibt dieser in Kraft und ist damit die Geltendmachung der Unehelichkeit gemäß § 1593 jedermann eröffnet?

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung, die wie § 1596 II für die Klagezurücknahme die Unwirksamkeit des materiellen Anfechtungsaktes ausspricht, wird von der herrschenden Lehre die weitere Wirksamkeit der materiellen Anfechtung angenommen. Unter der Wortführung Zitelmanns[1]) wurde von diesem für die Eheanfechtung und entsprechend für die Ehelichkeitsanfechtung überzeugend nachgewiesen, daß eine analoge Anwendung von § 212 I, wonach die materiellen Wirkungen der Klagerhebung bei Klagezurücknahme und bei Abweisung durch Prozeßurteil wegfallen, nicht in Frage komme. Die Bestimmung des § 1596 II enthalte absichtlich und nicht etwa zufällig keinen Hinweis auf die Prozeßabweisung. Es wäre eine höchst ungerechte Lösung, wenn man den an der Prozeßabweisung vielfach schuldlosen Kläger mit dem durch Fristablauf drohenden Verlust des Anfechtungsrechts strafen wolle, weil die materielle Wirkung seiner Klagerhebung hinfällig geworden sei[2]).

Die Gegenmeinung, vor allem vertreten von Hellwig[3]), begründet aus der Analogie zu § 212 I die Unwirksamkeit der in der Klagerhebung liegenden materiellen Anfechtung, versucht aber durch analoge Anwendung von § 212 II, also bei erneuter Klagerhebung binnen 6 Monaten nach Prozeßabweisung, die Anfechtungsfrist gewahrt sein und damit einen ungerechten Verlust des Anfechtungsrechts vermieden zu sein lassen.

Die Ansicht Zitelmanns verdient den Vorzug, weil

---

1) Zitelmann, „Zum Recht der Eheanfechtung“ in Bekker Festgabe S. 157 und 164.

2) Wie Zitelmann: Staudinger § 1596, 4b; RGRKom. § 1596 Anm. 2; Kipp-Wolff, S. 297 N. 29; Staudinger § 1341, 3b; Goldmann S. 47 Anm. 20,

3) Hellwig in DJZ. 1903, S. 285; Wolff in Kipp-Wolff, S. 92.

sie eine Analogie vermeidet, die im Gesetz keinerlei Stütze findet.

Bei Abweisung der Anfechtungsklage durch Prozeßurteil sind also die Voraussetzungen zu einer Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes durch jeden Dritten nach § 1593 und § 1596 III gegeben. Denn es liegt eine materielle Anfechtung vor und andererseits ist der Rechtsstreit auch durch Prozeßabweisung als „erledigt" anzusehen[1]). Die Rechtslage ist die gleiche wie beim Tod einer Partei vor Rechtskraft des Urteils (§§ 641 I, 628 ZPO.) oder bei erfolgter Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1597 BGB.).

Nicht befriedigen kann aber die von Zitelmann[2]) gezogene Konsequenz, daß die neuerliche Anfechtung der Ehelichkeit durch den Mann nicht mehr zu einer allgemein bindenden Feststellung, sondern nur wie die Klage jedes Dritten zu einer zwischen den Parteien wirkenden Entscheidung des Familienstands führen könne[3]). In dem richtigen Gefühl, daß eine allgemein bindende Klärung des Sachverhalts möglich sein müsse, hilft Zitelmann[4]) bei der durch Prozeßurteil abgewiesenen Eheanfechtungsklage damit, daß er kraft Anwendung der §§ 1343 II, 1329 die Ehenichtigkeitsklage einspringen läßt und so auf dem Wege über das Nichtigkeitsurteil zu einer allgemein bindenden Entscheidung des Sachverhaltes kommt. Für die Prozeßabweisung der Ehelichkeitsanfechtungsklage verweist auf die Feststellungsklage des § 640 ZPO; dieser Hinweis muß aber in vielen Fällen mangels der gegebenen Voraussetzungen illusorisch bleiben.

Das Interesse an einer allgemein bindenden Entscheidung über die Ehelichkeit ist aber bei der Prozeßabweisung genau so wie dasjenige an einer allgemein bindenden Entscheidung über den Bestand der Ehe. Infolge allzu wörtlicher Interpretation § 1596 III, wendet

1) Vgl. Staudinger § 1596, 4b.
2) Zitelmann a.a.O. S. 164.
3) Ebenso Kipp-Wolff, S. 297 N. 29.
4) Zitelmann a.a.O. S. 163.

Zitelmann die für die Eheanfechtung richtig gezogene Folgerung nicht auf die Ehelichkeitsanfechtung an. Es ist aber nicht angängig wegen eines prozessualen, vielfach behebbaren Mangels die Durchsetzung eines höchstpersönlichen Familienrechtes in der dafür vorgesehenen Form endgültig abzuschneiden. Im Falle einer Verweisung würde der anhängige Anfechtungsprozeß einfach bei einem anderen Gericht als Fortsetzung des alten Verfahrens weiter geführt werden[1]). Die Klageerhebung vor einem zuständigen oder unzuständigen Gericht kann nicht schlechthin für die Existenz eines materiellen Rechtes entscheidend sein[2]). Wenn die vielfach ohne Schuld des Mannes erwachsene Prozeßabweisung zu einem so raschen Verlust des Anfechtungsrechts führen würde, dann wäre jede angestellte Erörterung über den ungerechten Verlust dieses Anfechtungsrechts infolge materieller Unwirksamkeit der zur Prozeßabweisung führenden Klageerhebung überflüssig.

Aus diesen Gründen und aus dem heute verstärkten öffentlichen Interesse an der objektiven Klärung der Abstammung des Kindes ergibt es sich, daß auch nach Abweisung der Anfechtungsklage durch Prozeßurteil der Mann die neuerliche Anfechtung der Ehelichkeit in den Formen des Anfechtungsprozesses durchführen können muß[3]). Es wäre merkwürdig deshalb, weil man die materielle Wirkung der ersten Klagerhebung bestehen läßt, andererseits die im Interesse einer objektiven Sachentscheidung zur Verfügung gestellte Prozeßart unter den Tisch fallen zu lassen und damit eine allgemein bindende Klärung des Familienstandes unmöglich zu machen.

Man mag darauf hinweisen, daß infolge des neuen Anfechtungsrechts des Staatsanwalts, dessen Wirksamkeit für den Fall der Prozeßabweisung im Anfechtungsprozeß des Mannes, aufgezeigt wurde, das Ausbleiben einer allgemein bindenden Entscheidung nicht mehr zu befürchten

1) Baumbach § 276 Anm. 3.
2) Vgl. auch Goldmann S. 47 Anm. 20 am Ende.
3) So Staudinger § 1341, 3c; Hellwig, DJZ. 1903, S. 285.

sei. Dieser Hinweis ändert aber nichts an dem aufgezeigten grundsätzlichen Recht des Mannes seine höchstpersönliche Anfechtungsbefugnis in den Formen des Anfechtungsprozesses der §§ 641 ff. ZPO. zur Durchführung zu bringen.

14. Die rechtliche Natur des Urteils.

Durch die Anfechtungserklärung wird von dem Gestaltungsrecht der Anfechtung Gebrauch gemacht und das betroffene Rechtsgeschäft rückwirkend vernichtet. (§ 142 I BGB.).

Bei der Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit verlangt das Gesetz das weitere Moment einer richterlichen Erklärung, um die volle Wirksamkeit der Anfechtungshandlung eintreten zu lassen. Diese aus dem öffentlichem Interesse geborene Einschaltung einer richterlichen Erklärung hat lebhaftem Meinungsstreit hervorgerufen, ob es sich hier nun um ein Feststellungsurteil handle und welche Bedeutung dem in der Klagerhebung liegenden materiellen Anfechtungsakt zukomme.

Zur grundlegenden Scheidung seien statt vieler die Bemerkungen der Motive zur Eheanfechtung angeführt: „Einerseits bildet sie (die Klage) den Anfechtungsakt und hat insofern rechtsgeschäftlichen Charakter. Als Anfechtungsakt bewirkt sie, daß die Ehe materiell rückwärtshin vernichtet wird. Andererseits hat die Anfechtungsklage insofern die Natur einer Feststellungsklage, als in dem durch ihre Erhebung anhängig gewordenen Rechtsstreit festgestellt werden soll, ob die Anfechtung begründet war oder nicht, ob mithin die Ehe besteht oder nicht“[1]).

Diese Scheidung der Motive gilt auch für die Klage zur Anfechtung der Ehelichkeit.

Nun ist vor allem von Hellwig mit bestechenden Ausführungen der konstitutive Charakter des Anfechtungsurteils herausgestellt worden[2]), eine Anschauung, der vorwiegend Zivilprozessualisten beigetreten sind[3]).

1) Mot. IV, 85.

2) Hellwig „Rechtskraft“ S. 71 und 457; „Anspruch und Klagerecht“ S. 464 ff.

3) Stein-Jonas, § 253 Vorbem. II, 3 b; Förster-Kann § 641 Anm. 1 a; Baumbach, Grundz. 4 c vor § 253; Zitelmann a.a.O., S. 154; Kuttner. „Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses“, S. 27 Anm. 3.

Aus der Begründung Hellwigs sei folgendes hervorgehoben: die zur Ergänzung des Anfechtungstatbestandes erforderliche richterliche Erklärung zeige, daß das Urteil nicht lediglich die Bedeutung haben könne, daß es die Rechtswirkung als eingetreten feststelle[1]). Die Klageerhebung habe materiell noch keine Bedeutung. Eine Hauptstütze seiner Ansicht sieht Hellwig in der Bestimmung des § 2342 II: „Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein". Was hier für die Anfechtung des Erbschaftserwerbs durch das Gesetz bestimmt wird, dasselbe nimmt Hellwig auch für Eheanfechtung und Ehelichkeitsanfechtung an, obwohl das Gesetz in den beiden letzten Fällen sich über die Wirkung des Urteils nicht äußert. Hellwig argumentiert mit den §§ 1341 II und 1596 II; diese Bestimmungen hätten nicht Ausnahmecharakter, sondern erhellten das allgemeine, auch für die Anfechtung des Erbschaftserwerbs in § 2342 gültige Prinzip, daß der Klagerhebung eine materielle Bedeutung nicht zukomme.

Hier muß schon die Kritik einsetzen, die zu einer Ablehnung der Hellwig'schen Theorie führt. Die ausdrücklich als Ausnahmebestimmungen erkannten Normen der §§ 1341 II, 1596 II[2]), mangels deren die materielle Wirkung der Klagerhebung bestehen bleiben würde, wendet Hellwig als generelle Normen an und vergewaltigt damit die klare Absicht des Gesetzes. Zweifelt man mit Hellwig an dem Ausnahmecharakter dieser Bestimmungen, die gerade auch die materielle Wirkung der Klagerhebung beleuchten, dann müßte man dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, daß er zweimal bei wichtigen Instituten vollkommen Ueberflüssiges zum Ausdruck gebracht hat.

Einen Selbstwiderspruch zeigt die Hellwig'sche Theorie bei der Deutung von § 628 ZPO. „Falls ein Ehegatte während des schwebenden Anfechtungsprozesses stirbt gilt die Vernichtung der Ehe als mit der Klager-

1) Hellwig, Anspruch nnd Klagerecht, S. 467, 68.
2) Vgl. für viele Planck § 1341 Anm. 3; § 1596 II.

hebung erfolgt“ [1]). Hellwig erblickt hierin eine selbstverständliche Konsequenz des konstitutiven Charakters des Nichtigkeitsurteils. Tätsächlich liegt hier aber ein Widerspruch vor zu Hellwigs Ansicht, daß der Klagerhebung materielle Bedeutung nicht zukomme.

Ein weiteres Argument gegen Hellwig ergibt sich aus der Bestimmung des § 1596 III, die eine anderweitige Geltendmachung der Unehelichkeit vor Erledigung des Rechtsstreits verhindern soll. Zur Erklärung der dem § 1596 III entsprechenden Bestimmung des Entwurfs I (§ 1471 II) bemerken die Motive [2]): damit soll nicht die in der Klage liegende materielle Anfechtung verleuchnet werden, sondern im Interesse einheitlicher Rechtsgestaltung die unbeschränkte Geltendmachung dieser tatsächlichen geschehenen Anfechtung bis zum Urteilserlaß hinausgeschoben werden.

Ein weiterer Einwand gegen Hellwig ergibt sich aus Folgendem: Konstitutivurteile führen schöpferisch eine Rechtsänderung herbei, sie begründen oder vernichten Rechte, sie müssen also ihrer Natur nach für und gegen alle wirken [3]). Angenommen die auf die Anfechtungsklage des § 641 ZPO. ergehenden Urteile seien konstitutiver Art, dann wäre es vollkommen überflüssig ihre allgemein bindende Kraft in § 643 Satz 1 ZPO. ausdrücklich ausdrücklich auszusprechen. Diese Bestimmung zeigt, daß es sich bei den Urteilen des Anfechtungsprozesses nicht um Konstitutivurteile handeln kann. Wiederum aber folgert Hellwig, daß diese an sich überflüssige Normierung nur das allgemeine Prinzip von dem konstitutiven Charakter des Anfechtungsurteils bestätige [4]). Zusammenfassend ist die Theorie Hellwigs und seiner Anhänger aus den dargelegten Gründen abzulehnen. Auch Hellwig verkennt nicht das feststellende Element, das im Anfechtungsurteil liegt „das Urteil könne nicht lediglich die Be-

1) Hellwig, Rechtskraft, S. 451.
2) Mot. IV, 662.
3) Baumbach § 322 Anm. 4.
4) Hellwig, Rechtskraft S. 480 Anm. 88.

deutung haben, daß es die Rechtswirkung als eingetreten feststellt“ [1]). Und bedeutsam bleibt an der Hellwig'schen Darstellung die scharfe Herausarbeitung eines weiteren, noch über die Feststellung hinausgehenden Elementes im Anfechtungsurteil.

Im Hinblick auf dieses Element ist die von der wohl überwiegenden Meinung vertretene Anschauung von dem reinen Feststellungscharakter des Anfechtungsurteils [2]) auch keine vollbefriedigende Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Natur dieses Urteils.

In der Erkenntnis jenes besonderen Elements, das die materielle Anfechtungshandlung erst zur Wirksamkeit kommen läßt und sie ergänzt, spricht Endemann [3]) von einem „eigenartigen Bestätigungsurteil“. Die maßgebende Ursache der Nichtigkeit liege in der Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten, die durch das bestätigende Urteil vollendet werde. Wegen dieser Vollendungswirkung liege kein bloßes Feststellungsurteil vor.

Noch schärfer wird diese Erkenntnis herausgearbeitet in der Lehre Kisch's vom „Auslösungsurteil“ [4]). Die Unwirksamkeit eines außerprozessualen Tatbestandes sei bereits gegeben. Der Gesetzgeber verbiete es aber diese Unwirksamkeit zu beachten, solange sie nicht durch ein richterliches Urteil ausdrücklich bestätigt sei ... Der Richterspruch begründe nicht selbst eine Aenderung, sondern ermögliche jedermann die Berufung auf eine stattgehabte Aenderung. Er sei nicht selbständig wirkender Tatbestand, sondern bringe die schon vorhandene Wirkung durch autoritative Feststellung desselben zur vollen Geltung. Er sei nicht wirkende Ursache, sondern ergänzende Bedingung und habe rein kontemplativen auslösenden Inhalt ... Im Gegensatz zum Konstitutiverkenntnis ändere das auslösende Urteil an den außerprozessualen

1) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 467, 68.

2) Staudinger § 1596 Anm. 2; Planck vor § 1591 Anm. 2 d; OLG. 8, 346; Kümmel, Diss. S. 79.

3) Endemann, Familienrecht, S. 220 und 535.

4) Kisch. „Beiträge zur Urteilslehre“, S. 85 ff.

Beziehungen nicht das Geringste, sondern nur an der Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Es entnehme seine ganze Kraft der außerprozessualen, von ihm festgestellten Rechtslage.[1])

Kisch nennt als Beispiele eines solchen Auslösungsurteils u. a. die auf die Ehenichtigkeitsklage, die Eheanfechtungsklage und die Ehelichkeitsanfechtungsklage ergehenden Urteile.

Konstitutivurteile führen ihrer Natur nach die Rechtsänderung ex nunc herbei, ihre Ausstattung mit rückwirkender Kraft ist begrifflich möglich, aber nicht frei von Gezwungenheit. Diese Schwierigkeit löst sich spielend beim Auslösungsurteil, das seinem Wesen nach rückwirkende Kraft entfalten muß, da es die Berufung auf eine Rechtslage ermöglicht, die unabhängig von dem Auslösungsurteil auf Grund eines früheren außerprozessualen Tatbestandes eingetreten ist[2]).

Ein Einwand gegen die konstitutive Natur des Anfechtungsurteils ergibt sich noch wesentlich aus Folgendem: die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Ehe kann nicht nur durch Urteil, sondern auch durch andere Tatbestände ausgelöst werden, wie z. B. durch die Eheauflösung (§§ 1329, 1343 II). Dasselbe gilt auch für die Ehelichkeitsanfechtung, wobei die Wortfassung „Erledigung des Rechtsstreits“ (§ 1596 III) nach den Motiven[3]). keine andere Bedeutung haben soll als die Fassung des § 1343 II[4]).

Die Lehre Kisch's bringt eine glückliche Lösung des Problems der rechtlichen Natur des Anfechtungsurteils, indem sie der eigentlichen Mittelstellung desselben zwischen dem reinen Feststellungsurteil und dem Gestaltungsurteil Rechnung trägt. Damit ist freilich nur das der Anfechtungsklage stattgebende Sachurteil charakterisiert. Das die Anfechtungsklage abweisende Sachurteil hingegen

1) Kisch S. 95.
2) Kisch S. 97.
3) Motive IV, 662 ff.
4) Kisch, S. 89 und S. 106 Anm. 88.

hat reinen Feststellungscharakter, indem es einmal die Unwirksamkeit einer Anfechtungshandlung feststellt und andererseits keinen Zweifel über den seit der Geburt bestehenden ehelichen Familienstand des Kindes läßt. Jedoch für die Frage der Rechtsnatur des stattgebenden Sachurteils bleibt die Lehre Kisch's bedeutsam. Der Ausdruck „Auslösungsurteil" mag weniger glücklich und einprägsam erscheinen und deshalb der Ausdruck Endemann's „Bestätigungsurteil" vorzuziehen sein. An der sachlichen Wichtigkeit der gewonnenen Erkenntnis wird dadurch aber nichts geändert.

Vierter Teil.

Die Geltendmachung der Unehelichkeit des Ehebruchkindes.

§ 17. Der Rahmen des § 1593 BGB. für die Geltendmachung der Unehelichkeit.

Das Gesetz selbst gibt durch den Ausdruck „Geltendmachung der Unehelichkeit" (§ 1593a. und n. F.) die Scheidung zwischen der durch Ehemann oder Staatsanwalt primär erfolgenden Anfechtung der Ehelichkeit und zwischen der unter dieser Voraussetzung erst möglichen Geltendmachung der Unehelichkeit. Dieses grundsätzlich jedem rechtlich interessierten Dritten zustehende Recht wird erst durch die erfolgte Anfechtung ausgelöst und hat seiner subsidiären Natur entsprechend wesentlich zum Ziel nicht die Klärung des Familienstandes, sondern die Geltendmachung der aus dem unehelichen Familienstand sich ergebenden Folgen; in den Fällen eines nicht durchführbaren Anfechtungsprozesses muß allerdings das Geltendmachungsrecht hilfsweise die Funktion des Anfechtungsprozesses übernehmen, die Klärung des Familienstandes herbeizuführen.

Im Interesse einer einheitlichen Gestaltung des Familienstandes ist die Geltendmachung der Unehelichkeit vor der Erledigung des Rechtsstreits der Anfechtung nach § 1596 III nicht möglich.

Objekt der Geltendmachung der Unehelichkeit ist nur das auf Grund der Voraussetzungen der §§ 1591, 1592 als ehelich geltende Kind. Nur dieses ist nach dem Wortlaut von § 1593 durch die Schranke einer erforderlichen Anfechtung geschützt vor einer unbegrenzten Geltendmachung seiner Unehelichkeit. Daraus ergibt sich, daß die Unehelichkeit eines später als 302 Tage nach der Eheauflösung geborenen Kindes ohne weiteres von jedermann geltend gemacht werden kann. Dasselbe gilt für die nur infolge der Ausdehnung der Empfängniszeit nach § 1592 II präsumtiv ehelichen Kinder[1]).

Das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit steht grundsätzlich jedem interessierten Dritten zu; Dritter in diesem Zusammenhang ist auch der Mann selbst, der Staatsanwalt, die Mutter, das Kind und jeder andere Interessent[2]). Bei der Erläuterung von § 1593 a. F. war das Geltendmachungsrecht dem Kinde von der herrschenden Meinung allgemein zugestanden worden[3]). Dagegen wollte man dem Erzeuger und der Mutter dieses Recht vielfach garnicht oder nur beschränkt zugestehen[4]).

Es ist auch nach dem Erlaß des Familienrechtsgesetzes von Bedeutung festzustellen, ob eine Einschränkung des Kreises der Berechtigten geboten oder notwendig ist. Die Einschränkung liegt aber lediglich in der Erfüllung der Voraussetzungen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO., also in den Erfordernissen der prozessualen Form, in der die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes

1) Staudinger § 1593 Anm. 9; § 1592 Anm. 3a δ; Planck § 1593 Anm. 6; Kipp-Wolff S. 295.

2) Staudinger § 1593, 2b; Kipp-Wolff S. 294 N. 19 u. S. 299 mit Literatur.

3) Engelmann im „Recht" 1918, S. 73ff.; OLG. 37, 242; RG. 102 358ff.

4) Staud. § 1595, 2b γ; Planck § 1593 A. 3; RGRKom. § 1593 A. 1.

erfolgt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann ist kein Grund ersichtlich den Erzeuger oder die Mutter von der Ausübung des Geltendmachungsrechts auszuschließen[1]. Wesentlich wird also für jeden, der dieses Recht in Anspruch nimmt, der Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung eines Rechtsverhältnisses sein. Der Begriff des rechtlichen Interesses wird nicht eng, sondern weit zu interpretieren sein dergestalt, daß ein wirtschaftliches Interesse, das regelmäßig auch ein rechtliches Interesse ist, vielfach genügen wird[2]. Das Interesse resultiert aus der Verletzung von Rechten des Klägers, wobei die Gefährdung von Rechten durch eine tatsächliche Unsicherheit genügt um das Interesse zu begründen[3].

So erfolgt die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes nach allgemeinen Grundsätzen in der prozessualen Form der Festellungsklage des § 256 ZPO. oder auch inzidenter als Präjudizialpunkt bei Gelegenheit der Geltendmachung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Anspruchs oder bei der Bestreitung einer durch die Ehelichkeit des Kindes bedingten Verpflichtung (§ 280 ZPO.)[4].

Der Feststellungsprozeß vollzieht sich also nicht in den von der Offizialmaxime beherrschten Formen der §§ 640, 641 ZPO.; das Urteil hat also nicht wie das Urteil des Anfechtungsprozesses gemäß § 643 Satz I ZPO. allgemein bindende Kraft, sondern wirkt nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 321, 325 ZPO.) nur zwischen den Parteien des Rechtsstreites. Daraus entspringt die unerfreuliche Möglichkeit widersprechender Urteile über den Familienstand des Kindes, sodaß in einem Prozeß die Ehelichkeit, in einem anderen Prozeß die Unehelichkeit des Kindes festgestellt werden kann[5]. Trotz dem durch die

1) Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 240; OLG. 3, 191; 24, 21 ff. RG. 123, 263.

2) Baumbach § 256, 3 B.

3) Baumbach a.a.O.

4) Motive IV, 663; RG. 123, 263.

5) RG. 123, 263; OLG. 24, 22; ObLGZ. 4, 939.

Einführung des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechtes wesentlich eingeschränkten Anwendungsbereich des § 1593 ist auch heute noch prinzipiell der Fall möglich, daß mangels einer allgemein bindenden Entscheidung solche widersprechenden Urteile ergehen, besonders nach dem Tode des Kindes, wenn auf Grund der Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht die Unehelichkeit von jedem Interessierten geltend gemacht und im Feststellungsverfahren nach § 256 ZPO. durchgeführt werden kann.

Die durch den Mann vollzogene Anfechtung ist wie im bisherigen Recht[1]), so auch im jetzigen Recht unabdingbare Voraussetzung der Geltendmachung der Unehelichkeit geblieben, wobei der Vollzug der Anfechtung ebenso wie durch den Mann auch durch den Staatsanwalt geschehen kann (§ 1593 in Fassung in § 3 FamRG.). Die für die Begründung des Anfechtungsprimats des Mannes bei der Schaffung des BGB. maßgebenden Gesichtspunkte der Familienehre und des Familienfriedens verdienten auch im jetzigen Recht Anerkennung und konnten umso leichter Berücksichtigung finden, da das staatsanwaltschaftliche Eingriffsrecht den berufenen Schutz gegen einen Mißbrauch des Anfechtungsprimats durch den Mann darstellt[2]), und andererseits die Gefahr eines einseitigen Schutzes des Familienfriedens auf Kosten klarer Abstammungsverhältnisse bannt.

Nach früherem Recht (§ 1593 a. F.) war die Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes mangels erfolgter Anfechtung nur dann möglich, wenn der Ehemann vorzeitig d. h. vor Verlust seines Anfechtungsrechts durch Zeitablauf oder Anerkennung verstorben war (§§ 1593 a. F., 1594 a. F., 1598). Diese im Interesse der Erben des Mannes und anderer Drittinteressenten wichtige Bestimmung war andererseits Anlaß zu den merkwürdigsten Ergebnissen der Rechtsprechung. Beim vorzeitigen Tode des Mannes bekam in diesem Falle das Ehebruchskind

1) Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 240.
2) Rexroth DJ. 1938, S. 712, 13.

mangels unterbliebener Anfechtung die unentziehbare fiktive Rechtsstellung eines ehelichen Kindes; daneben konnte aber gemäß § 1593 a. F. sein Familienstand Gegenstand widersprechendster Prozeßentscheidungen sein, die allerdings nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits wirkten (s. RG. 123, 264).[1])

Dieses Würfelspiel mit der Klarheit der blutmäßigen Abstammung des Ehebruchkindes war mit nat. soz. Rechtsdenken und dem Geiste des Familienrechtsgesetzes unvereinbar. Für diese Bestimmung war umso weniger Raum und Bedürfnis vorhanden, da der Staatsanwalt als Hüter des öffentlichen Interesses gegebenenfalls auch die Interessen Dritter wahrzunehmen hat und die Vorhand vor den oft eigennützigen Interessen Dritter beanspruchen durfte[2]).

Voraussetzung einer Geltendmachung der Unehelichkeit ist also nach jetzigem Recht die vollzogene Anfechtung, die durch den Ehemann oder den Staatsanwalt geschehen kann (§§ 1593, 1594, 1595a in Fassung von §§ 3—5 FamRG.), sei es in der Form der Anfechtungsklage bei Lebzeiten des Kindes (§ 1596 I), sei es in der Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht nach dem Tode des Kindes (§ 1597).

Wie bestimmt sich nun der Anwendungsbereich des § 1593, in welchen Fällen ist noch Raum für eine Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes?

Durch das stattgebende Sachurteil im Anfechtungsprozeß des Mannes oder Staatsanwaltes wird rückwirkend die Unehelichkeit des Ehebruchkindes mit Wirkung für und gegen alle festgestellt, sofern das Urteil bei Lebzeiten beider Parteien oder im Anfechtungsprozeß des Staatsanwalt bei Lebzeiten des Kindes rechtskräftig geworden

1) In richtiger Erkenntnis dieser Unwirklichkeit, aber gegen den Wortlaut des Gesetzes versuchte das Bayer. Ob.Landesger. den Familienstand des Ehebruchkindes mittels Widerlegung der Beiwohnungsvermutung durch das Vormundschaftsger. allgemein bindend feststellen zu lassen; OBLGZ. 19, Abt. A Nr. 34; OLG. 37, 242.

2) Begr. S. 620; Rexroth, DJ. 1938, 714; Maßfeller JW. 1938, 1220; Günther, Rechtspfl. S. 166, 4.

ist (§§ 643, Satz 1, 628 ZPO., § 7 III FamRG.). Die Unehelichkeit kann also von jedermann durch Berufung auf dieses Urteil geltend gemacht werden. Ein Nachweis dieser Unehelichkeit in einem besonderen Feststellungsverfahren ist weder notwendig noch zulässig.

Durch das abweisende und bei Lebzeiten beider Parteien rechtskräftig gewordene Sachurteil im Anfechtungsprozeß wird andererseits die Unbegründetheit der materiellen Anfechtungshandlung und damit die Ehelichkeit des Kindes allgemein bindend festgestellt (§§ 643, Satz 1 628 ZPO., § 7 III FamRG.). Die die Stellung des ehelichen Kindes begründenden Beiwohnungs- und Kausalitätsvermutungen der §§ 1591, 1592 BGB. werden zu unwiderleglichen Vermutungen. Eine etwa erfolgende Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes ist im Hinblick auf das ergangene Urteil unbeachtlich[1]).

Der nach § 5 DVO. wie eine Klagezurücknahme zu behandelnde Fall eines Versäumnisurteils gegen den Kläger (§ 635 ZPO.) beseitigt, gemäß entsprechender Anwendung von § 1596 II, die unabdingbare Voraussetzung jeder Geltendmachung der Unehelichkeit, die vollzogene Anfechtung, sodaß erst nach einer neuerdings erfolgten Anfechtung die Voraussetzung für eine Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes wieder gegeben ist[2]).

Grundsätzlich erledigt sich der Rechtsstreit des Anfechtungsprozesses durch den Tod einer Partei (§§ 641,I, 628 ZPO.). Die Voraussetzung des § 1593, die vollzogene Anfechtung bleibt aber wirksam, sodaß jedem Interessierten die Möglichkeit eröffnet ist in besonderen Prozessen oder sonstigen Verfahren die Unehelichkeit des Kindes darzutun[3]). Eine allgemeine bindende Feststellung des Familienstandes war nach bisherigem Recht allerdings nicht mehr möglich. Die Einführung des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechtes verändert die Rechtslage.

1) Rexroth, DJ. 1938, S. 711.

2) Rexroth, DJ. 1938, S. 714; Günther Rechtspfl. S. 167.

3) Staudinger § 1596 Anm. 4b; Planck § 1596 Anm. 6, 7; RGRKom. § 1596 Anm. 2; Kipp-Wolff. S. 296.

Beim Tode des Mannes während des Anfechtungsprozesses ist einerseits eine Voraussetzung der staatsanwaltschaftlichen Anfechtung gemäß § 1595a erfüllt und andererseits die Klagebefugnis in einem neuen Anfechtungsprozeß mangels einer wirklichen Sachentscheidung als direkt geboten zu erachten[1]). Macht der Staatsanwalt von seiner Anfechtungsbefugnis durch Erhebung der Klage Gebrauch, dann erlischt die Befugnis dritter Personen zur Geltendmachung der Unehelichkeit bis zur Erledigung des neuen vom Staatsanwalt erhobenen Rechtsstreites[2]). Diese Folgerung ergibt sich schon aus der entsprechenden Anwendung der Bestimmung des § 1596 III, deren Sinn entsprechend den §§ 1329 S. 1, 1343 II folgender ist: vor Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit auf keine andere Weise als in dem laufenden Anfechtungsprozeß geltend gemacht werden. Der Gang eines Anfechtungsprozesses soll nicht durch die Geltendmachung der Unehelichkeit durch Dritte überkreuzt werden. Mit der Sachentscheidung in dem vom Staatsanwalt erhobenen Anfechtungsprozeß wird das Recht Dritter zur Geltendmachung der Unehelichkeit endgültig erledigt sein, sofern nicht der Tod des Kindes während des Prozesses dieses Recht wieder aufleben läßt.

Der schon während des Anfechtungsprozesses des Mannes erfolgte Tod des Kindes hat die Möglichkeit eröffnet gemäß § 1593 die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen (§§ 643 S. 1, 628 ZPO.; 1596 III BGB.). Da nach der auch für den Staatsanwalt gültigen Bestimmung des § 1597 die Anfechtung nach dem Tode des Kindes durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen hat[3]), ist die Erhebung einer Anfechtungsklage durch den Staatsanwalt in diesem Falle nicht zulässig.

---

1) Rexroth, DJ. 1938, 712; Maßfeller. JW. 1938, 1221e, am Ende; Günther, Rechtspfl. S. 167; S. 66 dieser Arbeit.

2) Günther, Rechtspfl. S. 167.

3) Begr. S. 620; über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Erklärung angesichts der schon in der Klageerhebung vorliegenden Anfechtung s. S. 74 dieser Arbeit.

Die Nachteile der gesetzlichen Unmöglichkeit eine allgemein bindende Feststellung des Familienstandes nach dem Tode des Kindes herbeizuführen und die de lege ferenda zu wünschende Aenderung dieses Zustandes wurde Seite 75 f. dieser Arbeit bereits erörtert. Hier ist noch Raum für die sinnwidrige Rechtslage, daß das Ehebruchskind mangels einer im Anfechtungsprozeß ergangenen Entscheidung die unentziehbare rechtliche Stellung eines fiktiv ehelichen Kindes erhält und seine tatsächliche Unehelichkeit nur in gewöhnlichen, lediglich zwischen den Parteien Recht schaffenden Feststellungsprozessen geltend gemacht und durchgesetzt werden kann, wobei durchaus widersprechende Ergebnisse hinsichtlich des Familienstands des Kindes möglich sind.

Erledigt sich der Anfechtungsprozeß des Mannes durch ein sogenanntes prozeßabweisendes Urteil, dann eröffnet sich ebenfalls für jeden Interessenten die Möglichkeit, die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen. Dieses Recht wird aber nur von geringer Bedeutung und von kurzer Dauer sein, da das durch eine neue Anfechtungsklage des Mannes oder Staatsanwaltes eingeleitete Anfechtungsverfahren das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit hinfällig werden läßt [1]).

Zusammenfassendes Ergebnis dieser Betrachtung wäre, daß der Raum für eine Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes gemäß § 1593 nach jetzigem Recht stark eingeengt und wesentlich auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine Prozeßabweisung vorübergehend oder der Tod des Kindes dauernd die Voraussetzungen für dieses Recht schafft. Dieser schmale Raum ist der Rahmen, innerhalb dessen die Geltendmachung der Unehelichkeit, die heute vorwiegend in der Gestalt einer Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung erscheint, bei den sogenannten Ehebruchskindern erfolgen kann. Trotz dieses schmalen Raumes ist diese Klage — auch im Hinblick auf ihre unbeschränkte Basis und Bedeutung für die unehelichen Kinder der unverheirateten Frau — bedeutsam

1) Vgl. S. 92 ff. dieser Arbeit.

genug, um Gegenstand der Untersuchung in einem eigenen Abschnitt zu sein.

§ 18. Die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung.

Es ist das Verdienst von Kuttner grundlegend geklärt zu haben, daß dem bürgerlichen Gesetzbuch ein einheitlicher Begriff der unehelichen Vaterschaft zugrunde liegt, der in verschiedene Rechtsbeziehungen ausstrahlt[1]). „Vater des unehelichen Kindes ist derjenige, der das Kind in Wirklichkeit physiologisch gezeugt hat" oder in der Ausdruckweise des BGB.: derjenige „aus dessen Beiwohnung die Mutter das Kind empfangen hat"[2]). An diesem natürlichen Vaterschaftsbegriff hat das Gesetz verschiedene private Rechtsfolgen geknüpft, das Ehehindernis des § 1310 III, die Unterhaltspflicht der §§ 1708—1716, die Legitimationsvoraussetzung nach den §§ 1719, 20 und 1723, wobei die Beweiserleichterungen der §§ 1717, 1720 den einheitlichen Grundbegriff der unehelichen Vaterschaft nicht verändern, sondern nur die Rechtsfolgen desselben auf einen ähnlichen Tatbestand anwenden.

Aus der Einheitlichkeit dieses Begriffs der natürlichen Vaterschaft folgert Kuttner, daß das Verhältnis zwischen dem unehelichen Kind und dem natürlichen Vater nicht bloß eine natürliche Tatsache, sondern ein Rechtsverhältnis sei, sodaß beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses der Weg zu einer Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen der natürlichen Vaterschaft oder — um den Ausdruck Kuttner's zu gebrauchen — der unehelichen Vaterschaft schlechthin mittels des § 256 ZPO. eröffnet sein müsse[3]).

Kuttner findet eine Stütze seiner Ansicht in § 644

1) Kuttner, „Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft" in Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 412ff.

2) Kuttner, S. 416; ebenso Kipp-Wolff, S. 50; s. auch Greulich, Diss. S. 41.

3) Kuttner, S. 467.

ZPO. Diese Bestimmung habe nach den Motiven zur Zivilprozeßnovelle von 1898 „das, wenn auch nicht mit weitgehenden Wirkungen, so doch in einzelnen Richtungen anerkannte Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft“ im Auge und erhelle somit die Möglichkeit wie auch den eigentümlichen Statuscharakter dieser Feststellungsklage der unehelichen Vaterschaft. Kuttner unterläßt es nicht, von dieser Feststellungsklage die anderen Klagen zu unterscheiden, die sich verbinden mit der Geltendmachung der spezifischen Rechtsfolgen der unehelichen Vaterschaft, insbesondere der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne des § 1717, also der sogenannten Zahlvaterschaft.

In der Literatur fand die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der natürlichen Vaterschaft teilweise Anerkennung [1]).

Auch in der Rechtsprechung fand die Klage Zustimmung. Man war sich aber bewußt, daß im Gegensatz zum Nachweis der Zahlvaterschaft im Sinne des § 1717 an den Nachweis der physiologischen Erzeugung schärfere Anforderungen zu stellen seien dahingehend, daß das Kind die ausschließliche Beiwohnung des physiologischen Erzeugers oder bei mehreren Beischläfern die Ausschaltung der anderen wegen offenbarer Unmöglichkeit der Erzeugung nachzuweisen hätte [2]). Und wenn schon eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahre 1906 [3]) sich dahin äußert, „die Feststellung daß ein bestimmter Mann als Vater im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, ist nicht eine Feststellung der Abstammung des Kindes, sondern beschränkt sich auf den Bereich der Wirkungen der Vaterschaft die in diesen Verpflichtungen bestehen“, so ist der Unterschied zwischen einer Feststellung der Vaterschaftsfiktion aus vermögensrechtlichen

1) Vgl. Planck Vorbem. 8 vor § 1705; Kipp-Wolff, S. 414; Stein-Jonas § 1 Anm. II, 1; Hellwig, Lehrb. Bd. I, S. 195 N. 28.

2) Lersch in Bayer. Rechtspfl. Ztg. 1917, 272.

3) ObLGZ. 7, 109.

Interessen und einer Feststellung der natürlichen Vaterschaft klar erkannt.

Hätte man diese Klärung[1]) im Bewußtsein behalten, so wären zahlreiche Mißverständnisse und Erörterungen unterblieben, die letztlich aus einer zu wenig scharfen Trennung zwischen Klagen auf Feststellung der Zahlvaterschaft und Feststellung der Erzeugerschaft sich herleiten[2]).

Die Kuttner'sche Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin ist nichts anderes als die nach lebhaften Streit heute anerkannte Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung, die durch die nat. soz. Rasse- und Familiengesetzgebung eine ungeahnte aktuelle Bedeutung erlangt hat, im wesentlichen deshalb, weil der Nachweis der blutmäßigen Abstammung die Grundlage für die Erweisung der arischen Abstammung darstellt[3]).

Man zweifelte bis vor kurzem noch an der Gegebenheit der Voraussetzungen zu einer solchen Abstammungsklage, die aus der Bestimmung des § 256 ZPO. zu entnehmen waren. Einige erklärten, es fehle an der Grundvoraussetzung einer Feststellungsklage, die blutmäßige Abstammung sei kein Rechtsverhältnis, sondern lediglich Tatbestandsmerkmal, biologische Tatsache[4]). Andere wie-

1) Ein Zeichen des nicht verlorenen Gefühls für die blutmäßige Abstammung als Grundlage jedes Familienstands.

2) Vorbildlich klar scheiden sich nach dem Schweizer Recht (s. Delcker StAZ. 1937, 371) die Klage auf Vermögensleistung und die Klage auf Zusprechen des Kindes mit Standesfolge. Die richterliche Zusprechung mit Standesfolge begründet ein Familienstandsverhältnis der außerehelichen Kindschaft mit dem Vater und ein Erbrecht in der väterlichen Verwandtschaft (Art. 302, Art. 461 Schweiz. Ziv.Gesb.). Diese würdige Regelung kann Vorbild einer Reform sein, die die unmögliche Figur des deutschen Zahlvaters, der mit seinem Kinde nach § 1589 II nicht verwandt ist, beseitigt.

3) Die arische Abstammung ist nur biologische Tatsache nicht Rechtsverhältnis, als nicht möglicher Gegenstand einer Feststellungsklage. v. Scheurl JW. 1936, 235; Roquette DR. 1936, 486.

4) Fischer in JW. 1936, 238; Roquette, „Klage auf Feststellung der Abstammung" in DR. 1936, 486; LG. Bonn in JW. 1937, 2921; LG. Oels in JW. 1935, 3125; Delcker, in StAZ. 1936, 145; RG. in StAZ 1936, 135.

der bezweifelten die Gegebenheit des rechtlichen Interesses. Wieder andere hielten die Voraussetzungen des § 256 ZPO. an sich für gegeben, lehnten aber eine Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung aus dem Grunde ab, weil das von der Verhandlungsmaxime beherrschte Verfahren des § 256 ZPO. keineswegs die objektive Feststellung der blutmäßigen Abstammung gewährleiste. Einer starken Gegnerschaft gegen diese Klage[1]) hielt eine mit wachsender Erkenntnis nat. soz. Rassegedanken steigende Anhängerschaft mit bedingter[2]) oder mit vorwiegend unbedingter Bejahung die Wage[3]).

Die notwendige vorläufige Klärung brachte die Entscheidung des höchsten Gerichtshofs vom 14. Oktober 1937 (RG. Urt. des 4. Ziv. Senats in JW. 1938, 245ff.), in der grundsätzlich die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung anerkannt wurde, unter ausdrücklicher Anknüpfung an die schon von Kuttner und der älteren Literatur erkannte Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin. Diese Entscheidung sei Ausgang der weiteren Untersuchung über die Voraussetzungen einer solchen Abstammungsklage.

Wenn man als Rechtsverhältnis das von der Rechtsordnung anerkannte und geregelte Lebensverhältnis bezeichnet[4]), das von Person zu Person oder zwischen Personen und Sachen Rechtswirkungen entfalten kann[5]),

1) Außer den schon Genannten: OLG. Kassel HRR. 1936 Nr. 1043; AG. Bremen in JW. 1936, 2489; OLG. Hamburg in JW. 1936, 3063; RG. in JW. 1937, 154ff.; OLG. München in ZAkDR., 217; OLG. Düsseldorf HRR. 1938 Nr. 73.

2) OLG. Naumburg in JW. 1938, 678; nur bei Rasseverschiedenheit.

3) Lehre: v. Scheurl, JW. 1636, 235; Henneberg, JW. 1935, 1843; Vollhardt, JW. 1935, 2475; Trinius, DR. 1936, 500; Löning, JW. 1936, 2489; Kallfelz, JW. 1937, 590; Schmidt-Klevenow, DR. 1937, 148; Krupp, DR, 1938, 202; Peter, DR. 1938, 212.

Rechtsprechung: AG. Eutin, DJ. 1936, 359; OLG. Frankfurt JW. 1936, 3482; LG. Koblenz, DJ. 1936, 1536; LG. Lübeck, DJ. 1936, 1091; OLG. Köln, StAZ. 1937, 184; LG. Dresden, JW. 1937, 272; RG. 152, 390; OLG. Düsseldorf, HRR. 1938, Nr. 516; OLG. Celle, JW. 1938, 967.

4) Hellwig, Lehrb. Bd. I, S. 192.

5) Stein-Jonas, § 256, II, 1.

dann ist das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger als Rechtsverhältnis zu werten. Das Reichsgericht nennt die von Kuttner gebrachten Einzelfälle.

Die deutlichste Bestätigung eines Rechtsverhältnisses der natürlichen Abstammung ergibt sich vor allem aus § 1310, wie es in einer richterlichen Entscheidung aus jüngster Zeit zum Ausdruck kommt: „Eine Feststellung der Abstammung des Kindes liegt nur vor, wenn das Verhältnis festgestellt ist, das die Grundlage der in § 1310 bestimmten Ehehindernisse bildet“ [1]). . . . „Der Gesetzgeber wollte hier die blutmäßige Abstammung ohne Rücksicht auf die sonstige gesetzliche Regelung der ehelichen oder unehelichen Abstammung erfassen. Als rechtlich erhebliche Beziehung erkannte er sie auch als Rechtsverhältnis an“ [2]).

Die Hartnäckigkeit, mit der die erheblichen Rechtswirkungen des Blutverhältnisses zwischen dem unehelichen Kind und seinem Erzeuger von dem größeren Teil der Literatur übersehen oder nicht anerkannt wurde, kann nur geschichtlich erklärt werden: die der bürgerlichen Gesellschaft allein wichtige vermögensrechtliche Seite der unehelichen Vaterschaft und die daraus geborene Annahme einer fingierten Vaterschaft, der sogenannten Zahlvaterschaft des § 1717 beherrschte derart das Blickfeld, daß das eigentlich grundlegende Blutverhältnis zwischen dem Kind und dem unehelichen Vater in den Hintergrund trat und deshalb in seiner rechtlichen Relevanz vergessen wurde.

Es ist zuzugeben, daß nur bürgerlich-rechtliche Rechtswirkungen Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO. sein können [3]). Diese Rechtswirkungen sind aber, wie sich aus der Darstellung ergeben hat, gegeben. Der Hinweis Fischer's [4]) auf die rein öffentlich-rechtlichen Wirkungen der nat. soz. Rassegesetzgebung ist also verfehlt. Selbst wenn man absieht von den auch

1) ObLGZ. 7, 109.
2) OLG. Düsseldorf, HRR. 1938, Nr, 516.
3) Stein-Jonas, § 256, II, 2; Fischer, JW. 1936, 238.
4) Fischer a.a.O.

möglichen bürgerlich-rechtlichen Auswirkungen dieser Rassegesetzgebung[1]), und diese nur als mächtigen Impuls des öffentlichen Rechts zur Klärung der blutmäßigen Abstammung im Gebiet des bürgerlichen Rechts ansehen will, so genügte bereits die Aufzeigung der überdeckten oder verkannten Grundlinie des BGB. für die Begründung eines Rechtsverhältnisses der blutmäßigen Abstammung.

Die nachdrücklich zum Ausdruck gebrachte Anschauung des Reichsgerichts von einem bestimmenden Rechtsverhältnis der blutmäßigen Abstammung hat bei den Vertretern der Gegenmeinung nicht restlose Zustimmung gefunden, aber dieselben doch — bei bestehenden theoretischen Zweifeln — aus praktischen Gründen zu einer Bejahung der Zulässigkeit der Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung veranlaßt[2]).

Einhelliger sind die Ansichten über die zweite Voraussetzung einer Feststellungsklage, über das rechtliche Interesse. Dieses wird ganz allgemein als gegeben erachtet, wenn tatsächliche Ungewißheit das den Prozeßgegenstand bildende Rechtsverhältnis gefährdet und wenn das Urteil geeignet ist, diese Gefährdung zu beseitigen[3]). Das Reichsgericht[4]) verweist auf seine weite Auslegung des „rechtlichen Interesses" hin, die jedem Bedürfnis nach dieser Klagemöglichkeit entgegenkomme. Es bedarf keiner Erörterung, daß angesichts des brennenden Bedürfnisses nach einer Klärung der blutmäßigen Abstammung und angesichts der reichsgerichtlichen Stellungnahme es wahrhaft unzeitgemäß erscheint, die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung mit der Begründung des fehlenden rechtlichen Interesses scheitern zu lassen. Das Reichsgericht hat in früheren Entscheidungen[5]) ein recht-

1) OLG. Köln, in StAZ. 1937, 185.

2) Roquette Anm. zu RG. in JW. 1938, S. 247; Günther „Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle in JW. 1938, 1700 unter II; unbedingt zustimmend Baumbach, § 256 Anm. 5.

3) Stein-Jonas § 256, III; Baumbach, § 256 Anm. 3 B.

4) JW. 1938, 247.

5) S. RG. 92, 8; 106, 49.

liches Interesse schon dann bejaht, wenn anzunehmen ist, daß ein Dritter, insbesondere eine Behörde ein Feststellungsurteil ohne Zwang anerkennen und zum Anlaß von Maßnahmen werde, die im Interesse des Feststellungsklägers liegen. Die Bedeutung dieser Auslegung für die Annahme eines rechtlichen Interesses von der Feststellung der blutmäßigen Abstammung liegt auf der Hand [1]).

Es sind Gebiete des öffentlichen Rechts, also öffentlich-rechtliche Interessen, wenn das nat. soz. Staatsbürger-, Beamten-, Wehr-, Blutschutz- und Bauernrecht den Nachweis der arischen Abstammung fordert. Im Gegensatz zu der rein bürgerlich-rechtlich bedingten Frage des Rechtsverhältnisses, kann das rechtliche Interesse auch öffentlich-rechtlicher Art sein [2]).

Durch die nat. soz.-Rasse- und Familiengesetzgebung ist das öffentliche Interesse an der Klarheit der Abstammung zu einer Lebensader des völkischen und staatlichen Lebens geworden. „Die Tatsache der blutmäßigen Abstammung ist für den Einzelnen in den Mittelpunkt seines Blickfeldes gerückt. Sie ist der Ausgangspunkt für die Ordnung und Regelung seines Daseins im

---

1) Die Begründung eines rechtlichen Interesses konnte sich auch herleiten aus dem Personenstandsrecht, um auf Grund eines Feststellungsurteils die Beischreibung eines Randvermerks zur Geburtsurkunde nach § 26, Ia. PersStG. herbeizuführen. Mit Stölzel (StAZ. 1936, 357) konnte man entgegen der herrsch. Meinung auch ein nur zwischen den Parteien wirkendes Feststellungsurteil als öffentl. Urkunde und geeignete Grundlage des Randvermerks ansehen. Die h. M. (vgl. Delcker, StAZ. 1937, 18) schrieb aber nur allgemein bindenden Urteilen Eintragungsfähigkeit zu, da bei der Oeffentlichkeit des Registers das Publikum interessiert sei, nicht durch Urteile mit relativer Wirkung über Standesverhältnisse getäuscht zu werden. Feststellungsurteile seien keine eintragungsfähigen öffentl. Urk. im Sinne d. § 26, Ia. PersStG. Durch das neue PersStG. § 30, 1, das eine allgemein bindende Feststellung der Abstammung als Voraussetzung d. Randvermerks verlangt (s. a. Maßfeller, JW. 1938, 1221, e), wurde die h. M. bestätigt, sodaß die Beischreibung d. Randvermerks nicht mehr als ausreichendes rechtl. Interesse für eine Peststellungsklage nach § 256 ZPO. zu erachten ist.

2) RG, in JW. 1938. 247; s. a. RG. 70, 371.

Rahmen der Rechtsordnung und im Strome des Rechtslebens“ [1]).

Die starke Bedeutung, das Rechtsschutzinteresse an der Klärung der blutmäßigen Abstammung wird auch von den Gegnern der Abstammungsklage anerkannt [2]). Die Anwendbarkeit dieser Klage wird aber teilweise aus einem technischen Grunde verneint, weil die Mängel des dem Parteibetrieb unterworfenen Feststellungsverfahrens nach § 256 ZPO., dieses nicht geeignet erscheinen lassen, die Klarheit der blutmäßigen Abstammung herbeizuführen, ja im Gegenteil die Gefahr einer Verfälschung der blutmäßigen Abstammung nach sich ziehen könnten [3]).. Diese Zweifel betreffen also nur die Mängel des zur Verfügung stehenden prozessualen Verfahrens, aber nicht das Prinzip und können deshalb an der Gegebenheit eines rechtlichen Interesses an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung aus dem Gesichtspunkt der nat. soz. Rassegesetzgebung heraus nicht irre machen. Trotz dieser grundsätzlichen Anerkennung eines rechtlichen Interesses erübrigt es sich aber selbstverständlich nicht im einzelnen Verfahren, im speziellen Fall eingehend zu prüfen, ob ein rechtliches Interesse des Klägers vorliegt und die Erhebung der Abstammungsklage rechtfertigt.

Aus vorstehenden Erörterungen ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung. Bevor auf die Frage ihrer Anwendbarkeit im Einzelnen, für uneheliche und eheliche Kinder, eingegangen wird, sei noch ein Blick geworfen auf ihre Entwicklung und Bedeutung vor dem Erlaß des Familienrechtsgesetzes.

Die Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes durch Klage gegenüber dem Erzeuger war gemäß § 1593 a. F. unbedingt von dem Anfechtungsprimat des Mannes abhängig. Ein selbständiges Recht zur Geltendmachung

1) Roquette, DR. 1936, 486.

2) S. LG. Oels in JW. 1935, 3125.

3) AG. Bremen in JW. 1936, 2489; LG. Bonn in JW. 1937, 2921; OLG. Kassel HRR. 1936 Nr. 1043.

der Unehelichkeit zu konstruieren wurde insoweit versucht, daß bei unberührtbleibender ehelicher Stellung des Ehebruchskindes, dessen Unehelichkeit doch gegenüber dem Erzeuger geltend gemacht werden könne, sei es zur Durchsetzung eines Unterhaltsanspruches nach §§ 1708 ff.[1]), sei es zur Klärung der blutmäßigen Abstammung[2]).

Mit dem steigenden Einfluß der nat. soz. Rassegesetzgebung wuchs auch das Bedürfnis, die Feststellung der blutmäßigen Abstammung unabhängig von der Schranke des § 1593 faktisch zur Durchsetzung bringen zu können. Man versuchte diese Schranke zu umgehen entweder durch die Auslegung, § 1593 sei mit nat. soz. Rechtsdenken nicht vereinbar, oder durch die einschränkende Auslegung, daß die blutmäßige Abstammung durch § 1593 weder geregelt noch berührt werde.

Das Reichsgericht vertrat in einer Entscheidung vom 30. Nov. 1936[3]) die Ansicht, daß die Abstammung das wirklich Wichtige sei und daß bei mangelnder Uebereinstimmung zwischen Abstammung und rechtlicher Stellung eines ehelichen Kindes letztere keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung habe. Unter Berufung auf diese Stellungnahme des Reichsgerichts hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf[4]) die Anschauung, daß § 1593 eng ausgelegt werden müsse und nur auf die Fälle beschränkt werden dürfe, in denen die Rechtswirkungen der Ehelichkeit des Kindes angetastet werden sollten. Mit der Feststellung der wahren Abstammung werde nicht in die davon verschiedene Frage eingegriffen, ob das Kind seine Stellung als eheliches Kind mit allen ihren Rechtswirkungen behalte.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. November 1936[5]) betonte, daß § 1593 dem Familienfrieden dienen solle. Ueber die Feststellung der Ehelichkeit hin-

1) Ergebnis der Diss. Greulich.

2) Ergebnis der Diss. von Elisabeth Engländer, insbesondere S. 47.

3) S. JW. 1937, 620 und S. 1 dieser Arbeit.

4) S. HRR. 1938 Nr. 516.

5) RG. 152, 399.

aus wolle die Vorschrift keineswegs den außerehelichen Geschlechtsverkehr der Ehefrau mit dem Erzeuger des Kindes als rechtlich ungeschehen behandeln. Ueberall wo es auf diesen natürlichen Vorgang ankomme, sei § 1593 bedeutungslos, im Scheidungsrecht (§ 1565 BGB.), im Strafrecht (§ 172 StGB.) und im Falle des § 826 BGB. Es treffe daher nicht zu, daß nach § 1593 die Frage der Herkunft des Kindes mangels der dort genannten Voraussetzungen überhaupt nicht mehr aufgerollt werden könne.

Bei dieser Interpretation war es nicht fernliegend auch hinsichtlich der blutmäßigen Abstammung den außerehelichen Geschlechtsverkehr der Ehefrau mit dem Erzeuger des Kindes als rechtlich nicht ungeschehen zu behandeln und zu einer Bejahung der Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung zu kommen, selbst auf Kosten einer unbeschränkten Gültigkeit der §§ 1593 und 1594.

Diese Beispiele mögen genügen, um die Tendenz der Rechtsentwicklung vor Erlaß des Familienrechtsgesetzes aufzuzeigen, die dahin ging, die Klage auf Feststellung der Blut-Abstammung zu ermöglichen unter Schonung der geltenden Norm des § 1593.

Derselbe Kampf spielte sich ab um die Gültigkeit des § 1594 a. F., indem einerseits die starre Anfechtungsfrist desselben als durch nat. soz. Rechtsdenken überholt bezeichnet wurde[1]), oder vorwiegend andererseits durch elastische Auslegung versucht wurde, die objektive Klärung der Blut-Abstammung nicht scheitern zu lassen[2]).

Soweit die Rechtslage vor dem Erlaß des Familienrechtsgesetzes. Im Folgenden ist Raum und Bedürfnis der

1) OLG. Frankfurt, JW. 1956, 3482 entscheidet offen gegen den Wortlaut von § 1594 a. F.

2) Vgl. u. a. RG. 132, 397; 152, 390; OLG. Köln, StAZ. 1937, 184; Wussow-Platzbecker-Peter „Zur Frage der Rechtswirksamkeit des § 1594 BGB." in DR. 1938, 26ff. mit Literatur; Eck „Die Rechtsprechung zur Ehelichkeitsanfechtung" in StAZ. 1937, 103; Lohmann „Die Rechtspr. der Ehelichkeitsanfechtung" in ZAkDR. 1937, 85; OLG. Breslau in HRR. 1938 Nr. 660.

Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung im Einzelnen zu prüfen, ihre Anwendung für uneheliche und eheliche Kinder [1]).

Wesentlich unberührt durch das Familienrechtsgesetz blieb die Bedeutung der Abstammungsklage für die unehelichen Kinder.

Uneheliche Kinder sind einerseits diejenigen, bei denen die Ehelichkeitsvoraussetzungen der §§ 1591 ff. fehlen oder erfolgreich widerlegt sind; andererseits gehören die Kinder der Putativehe bei Bösgläubigkeit beider Elternteile (§ 1699 I), die Kinder einer sogenannten Nicht-Ehe (§ 1699 II), und die aus einer Namensehe nach § 1325a etwa hervorgegangenen Kinder (§ 1699 III) hierher. Die Berufung auf die Unehelichkeit dieser Gruppe ist allerdings nur im Falle des § 1699 II ohne weiteres möglich; in den Fällen der §§ 1699 I, und 1699 III hängt diese Geltendmachung der Unehelichkeit von der Feststellung der Ehenichtigkeit bezw. der Unehelichkeit ab.

Bei den unehelichen Kindern liegt das Problem der Abstammungsklage — soweit auch bei der zweiten Gruppe die Voraussetzungen einer Berufung auf die Unehelichkeit erfüllt sind — relativ einfach. Eine Schranke hinsichtlich der Geltendmachung der Unehelichkeit, wie sie in § 1593 für die Ehebruchskinder vorliegt, ist nicht gegeben, sodaß sich die Zulässigkeit einer Abstammungsklage allein nach der Gegebenheit des rechtlichen Interesses im einzelnen Verfahren bestimmt.

Der praktisch wichtigste Fall, der auch Gegenstand der reichsgerichtlichen Entscheidung [2]) war, ist die positive Feststellungsklage des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger.

Die negative Feststellungsklage des Kindes gegen den gemäß § 1717 festgestellten sogenannten Zahlvater wird seltener durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Immerhin häufig genug kann das uneheliche Kind

1) S. Günther „Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle" in JW. 1938, 1699 ff. Abgekürzt Günther JW.

2) RG. in JW. 1938, 245.

bei begründeten Zweifeln an der Identität des „Zahlvaters" mit dem physiologischen Erzeuger ein rechtliches Interesse haben an der Feststellung von dem vielleicht jüdischen oder erbkranken Zahlvater blutmäßig nicht abzustammen.

Im allgemeinen wesentlich seltener wird das rechtliche Interesse eines Mannes an der positiven oder negativen Feststellungsklage gegenüber dem unehelichen Kind gegeben sein. Praktisch wichtig kann diese Klage allerdings im Falle des § 25 Abs. 2 REG. werden, wenn es für den Bauern gilt die uneheliche Abstammung eines männlichen Kindes von ihm zu erweisen, um diesen unehelichen Sohn als Anerben bestimmen zu können[1]).

Schwieriger liegt die Frage nach der Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung bei den ehelichen Kindern; hier wird die Lage durch das Familienrechtsgesetz wesentlich beeinflußt.

Decken sich Ehelichkeit und Abstammung bei dem ehelichen Kind, wie es normalerweise der Fall sein soll, dann ist die blutmäßige Abstammung in Uebereinstimmung mit der ehelichen Stellung und ein Interesse an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung nicht gegeben.

Brennend wird aber das Problem bei den juristisch ehelichen, blutmäßig unehelichen Kindern, den in dieser Arbeit vor allem interessierenden Ehebruchkindern.

Wird das Ehebruchskind im Anfechtungsprozeß des Mannes oder Staatsanwalts für unehelich erklärt, (§§ 1596, 1595a BGB., § 643 Satz 1 ZPO.), dann gilt für Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Blut-Abstammung das bei den unehelichen Kindern Gesagte.

Wie aber ist Bedürfnis und rechtliches Interesse für eine Klage auf Blut-Abstammung zu beurteilen bei den Ehebruchskindern, deren ehelicher Familienstand entweder noch garnicht angefochten oder noch nicht durch rechtskräftiges Sachurteil hinfällig geworden ist. Inwieweit steht die Schranke des § 1593 einer Abstammungsklage entgegen?

Durch die Einführung des staatsanwaltschaftlichen

1) Vgl. Günther in JW. 1938, 1701.

Anfechtungsrechtes durch das Familienrechtsgesetz ist, wie im vorigen Abschnitt ausgeführt wurde, der Raum für die Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes wesentlich eingeschränkt bezw. diese Geltendmachung überflüssig geworden. Die Schranke des § 1593 BGB. hat erhöhte Bedeutung und ihren alten Sinn wieder gewonnen, den Familienfrieden vor unbefugten Eingriffen Dritter zu schützen. Dadurch, daß die Interessen von Kind und Volk dem Staatsanwalt mit einem unbefristeten Wahrnehmungsrecht übertragen worden sind, und dadurch, daß in dem staatsanwaltschaftlichen Offizialverfahren die möglichste Garantie einer Klärung der blutmäßigen Abstammung gegeben wird, ist eine Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung nach jetzigem Recht nur insoweit als zulässig zu erachten, als überhaupt eine Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes möglich ist, also im Rahmen und in den Schranken des § 1593. Vor einer erfolgten oder rechtskräftig entschiedenen Anfechtung durch Ehemann oder Staatsanwalt ist ein rechtliches Interesse an einer Abstammungsklage grundsätzlich nicht gegeben.

Die positive und negative Feststellungsklage des Ehebruchkindes gegenüber dem Ehemann der Mutter scheitert in ihrer Zulässigkeit entweder an der Schranke des § 1593 oder an der Rechtskraft des im Anfechtungsprozeß ergangenen Sachurteils. Für die kurze Zeit des staatsanwaltschaftlichen Wartejahres wird von Günther[1]) ein beschränktes Interesse an einer negativen Feststellungsklage angenommen. Bei der Kürze des staatsanwaltschaftlichen Wartejahres ist aber ein rechtliches Interesse an einer Abstammungsklage nicht als begründet anzusehen, zumal dadurch die Nichtbeachtung der neuerlich bedeutsam gewordenen Norm des § 1593 vermieden werden kann.

Die positive und negative Feststellungsklage des Ehemannes gegenüber dem Kind werden selten in ihrem rechtlichen Interesse bejaht werden können. Die negative

1) Günther, JW. 1938, 1701 unter 2b.

Feststellungsklage steht in direktem Widerspruch zu dem Anfechtungsrecht des Mannes. Ist dieses Anfechtungsrecht erloschen, dann würde, bei Zulässigkeit einer Abstammungsklage der Mann sein Anfechtungsrecht ad infinitum verlängern können. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, zumal die Garantie für die Klärung der blutmäßigen Abstammung in dem staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrecht gegeben ist[1]).

Für die möglichen Klagen auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung zwischen dem Ehebruchskind und seinem Erzeuger gilt das bei den unehelichen Kindern Gesagte mit der durch den Anfechtungsprozeß bedingten Modifikation. Eine rechtskräftige Feststellung der Ehelichkeit des Kindes im Anfechtungsprozeß, läßt angesichts der allgemein bindenden Kraft keinen Raum für eine entgegengesetzte Entscheidung in einem Verfahren auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung. Umgekehrt eröffnet die im Anfechtungsprozeß rechtskräftig festgestellte Unehelichkeit des Kindes alle für die unehelichen Kinder aufgezeigneten Möglichkeiten zu Klagen auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung.

Für den wesentlichsten Fall der positiven Feststellungsklage des Ehebruchkindes gegen den Erzeuger kann vor erfolgter Anfechtung ein rechtliches Interesse ausnahmsweise begründet sein, wenn wegen drohenden Verlustes von Zeugen und Beweismitteln die Klärung der blutmäßigen Abstammung gefährdet erscheint. Nur die sorgfältigste Prüfung der Rechtsschutzvoraussetzungen durch das Gericht kann für diesen Ausnahmefall die unvermeidliche Außerachtlassung der Schranke des § 1593 rechtfertigen.

Raum und Zulässigkeit für eine Abstammungsklage ist, wie schon gesagt, nach rechtskräftiger Feststellung der Ehelichkeit des Kindes im Anfechtungsprozeß nicht gegeben. Die allgemein bindende Kraft eines im Anfechtungsprozeß des Mannes ergangenen Urteils (§ 643 Satz 1 ZPO.) steht der Erhebung einer Anfechtungsklage durch

1) Günther, JW. 1938, 1701 unter 2d.

den Staatsanwalt entgegen[1]). Ein solches Urteil duldet aber ebensowenig eine Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung. Auch die allgemein bindende Kraft eines im Anfechtungsprozeß des Staatsanwalts ergangenen abweisenden Sachurteils steht einer Abstammungsklage entgegen[2]). Im Interesse der Rechtssicherheit kann an der allgemein verbindlichen Wirkung solcher Urteile mit erweiterter Rechtskraft, die auch durchwegs anerkannt ist, nicht gerüttelt werden, selbst auf die Gefahr hin, daß auch einmal ein blutmäßig uneheliches Kind durch solch irriges Urteil in seinem ehelichen Familienstand bestätigt wird.

Im Hinblick auf das Problem „Rechtsverhältnis" ist bei der Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung noch auf zwei Besonderheiten hinzuweisen.

Grundsätzlich ist die Klage des § 256 ZPO. nur zulässig auf Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses. Das Reichsgericht bejaht aber in ständiger Praxis auch die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses, soweit Rechtsfolgen daraus in der Gegenwart hergeleitet werden können[3]).

Aus dem Rechtsverhältnis der blutmäßigen Abstammung können sich auch nach dem Tode eines der Beteiligten wesentliche Rechtsfolgen herleiten: Unterhaltsansprüche, Erbansprüche und vor allem die aufgezeigten, von dem Nachweis der arischen Abstammung und damit der blutmäßigen Abstammung abhängigen Rechtswirkungen der nat. soz. Rasse- und Familiengesetzgebung. Alle diese Wirkungen bleiben von unverminderter Bedeutung auch nach dem Tode des Erzeugers. Erwerb und Verlust der Reichsbürgerfähigkeit, der Bauernfähigkeit, der Wehrfähigkeit — um nur einige Punkte herauszuheben — können von dem Nachweis eines Rechtsverhältnisses der blutmäßigen Abstammung in der Vergangenheit abhängen.

1) Vgl. S. 65, 66 dieser Arbeit; a. A. Günther, Rechtspfl. S. 167.

2) Ebenso Günther, JW. 1938, 1701 unter 2b.

3) Vgl. Stein-Jonas, § 256, II, 4; Baumbach § 256, 2c; RG. 27, 205; 51, 56; 78, 134; 80, 191; a. A. Hellwig, Lehrb. Bd. I, S. 383 und „Anspruch und Klagerecht", S. 401 ff., S. 424 ff.

Deshalb ist die Zulässigkeit einer Abstammungsklage auch nach dem Tode des Erzeugers grundsätzlich zu bejahen[1]). Jedoch auch nach dem Tode des Kindes kann — wenn auch seltener — die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung, angesichts bestehender Rechtsfolgen in der Gegenwart zu bejahen sein, z. B. für Abkömmlinge des Kindes, für den Erzeuger, für den Ehemann der Mutter oder dessen Erben. Der ganze Bereich der Feststellungsklagen nach dem Tode des Kindes gründet sich auf die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses. Alle die Klagen sind aber nur im Rahmen des § 1593, also nach vollzogener Anfechtung zulässig. Das neue Anfechtungsrecht des Staatsanwalts gibt nach dem Tode des Mannes hinreichend Sicherheit, daß die Voraussetzungen einer vollzogenen Anfechtung erfüllt werden können.

Die zweite Besonderheit liegt darin, daß das den Gegenstand einer Klage nach § 256 ZPO. bildende Rechtsverhältnis nicht unbedingt zwischen den Parteien selbst bestehen muß[2]). Nur auf Grund dieser Möglichkeit wird das ganze Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes für Dritte (z. B. die Mutter, die Erben usw.) bedeutungsvoll und wirksam. Selbstverständlich besteht dieses Recht nur im Rahmen des § 1593 und bei Erfüllung aller Voraussetzungen des § 256 ZPO. Auf dieser Basis ist aber die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Blut-Abstammung für Dritte zu bejahen, wie etwa z. B. für den Vorsitzenden eines Familienverbandes hinsichtlich der Abstammung eines Verbandsmitglieds[3]).

Das Verfahren der Klagen auf Feststellung der Blut-Abstammung bestimmt sich nach § 256 ZPO. in Verbindung mit § 644 ZPO.

In dem Streit um die weitere Gültigkeit des § 644

1) Vgl. v. Scheurl, „Die Feststellung der unehel. Vaterschaft nach dem Tode des Erzeugers" JW. 1935, 260; ebenso Henneberg in JW. 1935, S. 1843.

2) Vgl. RG. 41, 347; RG. 128, 94; Gruch. Bd. 68, 333; Baumbach § 256, 2 A.

3) So RG. in HRR. 1930 Nr. 1944.

ZPO. und insbesondere um seine Anwendung auf die Abstammungsklagen nimmt Günther[1]) eine eigenartige Stellung ein. In Verkennung der Identität der Rechtsverhältnisse der blutmäßigen Abstammung und der unehelichen Vaterschaft schlechthin will er den § 644 ZPO. auf die Abstammungsklagen nicht zur Anwendung bringen. Die Feststellung der blutmäßigen Abstammung hätte mit dem Rechtsstreit des § 644 ZPO, über den Bestand der unehelichen Vaterschaft nichts zu tun und ebensowenig mit dem Rechtsstreit über den Bestand eines Kindschaftsverhältnisses nach § 640 ZPO. Deshalb richteten sich die Abstammungsklagen nach den Voraussetzungen des § 256 ZPO. Aus der grundsätzlichen Stellungnahme dieser Arbeit heraus, wie sie Seite 109ff. dargelegt ist, kann der Ansicht Günthers hinsichtlich des § 644 ZPO. nicht beigetreten werden. Die beiden Bestimmungen des § 256 ZPO. und des § 644 ZPO. finden auf die Abstammungsklagen Awendung.

Das Reichsgsricht hat sich über die Verfahrensfrage dahin geäußert[2]), daß trotz der ergangenen Anregungen die Grundsätze eines Offizialverfahrens nach den §§ 640—643 ZPO. nicht anwendbar seien, sondern daß es sich bei den Abstammungsklagen um ein gewöhnliches Feststellungsverfahren nach § 256 ZPO. handle, auf das die Normen der §§ 640—643 ZPO. keine Anwendung finden. Es sei grundsätzlich nicht angängig prozessuale Vorschriften auf einen Fall anzuwenden, für den sie nicht vorgesehen seien. Das Reichsgericht erkennt die von den Gegnern betonten Mängel eines Feststellungsverfahrens an, die durch Versäumnis- und Anerkenntnisurteil und andere der Verhandlungsmaxime entspringenden Eigenarten und durch die begrenzte Rechtskraft des Urteils zu einem Widerspruch zwischen der getroffenen Feststellung und der wirklichen Sachlage führen können; trotzdem vermag das RG. dem Feststellungsverfahren nicht jeden praktischen Wert für die Klärung der blutmäßigen Ab-

1) Günther, in JW. 1938, 1700 unter I.
2) RG. in JW. 1938, 246.

stammung abzusprechen. Das Reichsgericht hat mit dieser Entscheidung in vorsichtiger Form die weitere Gültigkeit des § 644 ZPO. bestätigt, aber den Streit nicht abschließend geregelt.

Nachdrücklich wird vor allem von Bernhardt[1]) betont, daß § 644 ZPO. durch die Zeitverhältnisse außer Kraft gesetzt sei. Es sei undenkbar, daß ein Staat, der auf die Abstammung größtes Gewicht lege, gleichzeitig seine Richter an einer wirklichen Klärung der Abstammung hindere. Das öffentliche Interesse an der blutmäßigen Abstammung sei dasselbe wie das an der Ehelichkeit eines Kindes. Aus der Gleichheit der Interessenlage sei eine entsprechende Anwendung von §§ 640—643 ZPO. auf die Abstammungsklage geboten.

Nach einer anderen Ansicht ist das ehemals höchste Gut der Volksgemeinschaft, die Ehelichkeit eines Kindes unter den Schutz eines Offizialverfahrens nach §§ 640—643 ZPO. gestellt worden; auf das heute neben die Ehelichkeit getretene höchste Gut der Volksgemeinschaft, die blutmäßige Abstammung, seien diese Vorschriften sinngemäß zu erstrecken[2]).

Eine richterliche Entscheidung[3]) betont die zwingende Analogie des Falles der blutmäßigen Vaterschaft mit den Fällen, für die das Verfahren nach den §§ 640—643 ZPO. vorgesehen sei, könne auch durch § 644 ZPO. nicht ausgeräumt werden.

Gegenüber diesen Angriffen auf den § 644 ZPO. wird von der überwiegenden Meinung[4]) an dessen weiterer

1) Bernhardt, in ZAkDR. 1937, S. 218 und 726, in JW. 1938, 967; Anm. zu Urt. OLG. Celle.

2) Vgl. Krupp, „Ehelichkeit und Abstammung im deutschen Recht" in DR. 1938, 202; ebenso Vollhardt, „Ist § 644 ZPO. heute noch anwendbar?" in JW. 1935, 2475; v. Scheurl in JW. 1936, 235; OLG. Düsseldorf, HRR. 1938, Nr. 516; OLG. Celle, in JW. 1938, 967.

3) LG. Koblenz in JW. 1936, 1536.

4) Lehre: Fischer, JW. 1936, 236; Henneberg, JW. 1935, 1843; Löning, in JW. 1936, 2490; Roquette, JW. 1938, 248 Anm. zu RG.; Baumbach, 13. Aufl. § 644. Rechtspr.: LG. Lübeck, DJ. 1936, 1091; LG. Dresden, JW. 1937, 272; AG. Koblenz, JW. 1937, 274; OLG. München ZAkDR. 1937, 217; OLG. Naumburg, JW. 1938, 678.

Gültigkeit festgehalten; seine Anwendung auf die Klagen zur Feststellung der blutmäßigen Abstammung — soweit diese überhaupt anerkannt werden — sei zwar nicht zweckmäßig, aber im Rahmen des geltenden Rechtes nicht zu vermeiden. Der treffenden Argumentation des OLG. Köln[1]) ist nur beizustimmen: „Der entsprechenden Anwendung der §§ 640ff. ZPO. steht entgegen, daß es sich sowohl bei den §§ 640—644 ZPO. als auch bei den übrigen Abschnitten des 6. Buches der Zivilprozeßordnung um besondere Verfahrensarten handelt, die ihrer Natur nach keiner Analogie fähig sind".

Das von den Vertretern der Gegenmeinung gebrachte Argument, der § 644 ZPO. beziehe sich nur auf die Feststellung der Zahlvaterschaft und komme deshalb für die Statusklage der blutmäßigen Abstammung nicht in Frage[2]), ist nicht richtig[3]).

Aus dem bereits erwähnten Zitat Kuttner's ergibt sich klar, daß die Schöpfer des § 644 ZPO. an ein Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft dachten[4]). Wenn Seuffert[5]) bedauert, daß das Offizialverfahren in § 644 ZPO. nicht zur Anwendung kommt, weil das Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft nur in einzelnen Richtungen anerkannnt werde, so ergibt sich daraus wiederum, daß der Gesetzgeber primär ein Statusverhältnis, sekundär die Auswirkungen dieses Statusverhältnisses in § 644 ZPO. regeln wollte.

Da im Laufe der Entwicklung die Feststellung der Zahlvaterschaft die Vorstellungswelt derart überschattete, daß man § 644 ZPO. nur noch für diesen Fall geschrieben wähnte, vergaß man des ursprünglichen Sinnes des § 644 ZPO., die uneheliche Vaterschaft als ein Statusverhältnis,

1) OLG. Köln, StAZ. 1937, 185.

2) v. Scheurl, JW. 1936, 236; LG. Koblenz, JW. 1936, 1536; Engländer, Diss. S. 53.

3) Baumbach, 14. Aufl. § 644 Anm. 1 bejaht § 644 aber nur noch für die Zahlvaterschaft, da für Abstammungsklage jetzt das Landgericht zuständig sei.

4) Vgl. S. 109 dieser Arbeit, Kuttner a.a.O., S. 469.

5) Seuffert in ZZivPr. Bd. 22, S. 356, 57.

als eine Familienstandsache zu regeln. Dieser Sinn erst entrückt den § 644 seiner scheinbar verlorenen Stellung im 6. Buche der ZPO. und ordnet ihn in die Reihe der Familienstandsachen als ein besonderes Statusverfahren ein, das der Gesetzgeber nur infolge des geringeren öffentlichen Interesses der damaligen Zeit an der unehelichen Vaterschaft nicht mit allen Vorzügen des Offizialverfahrens austattete.

Ausgehend von dem Gedanken, daß eine Gesetzesnorm die deutende Beleuchtung nicht nur aus den vergangenen Absichten der Gesetzesväter, sondern auch aus der geänderten Wertvorstellung der Gegenwart empfangen soll, ja unter dem Blickfeld der Gegenwart die neue Wirksamkeit einer veränderten Funktion zu entfalten vermag, liegt es nahe zu sagen, das neue Motiv der blutmäßigen Abstammung müsse stark genug sein, um den § 644 ZPO. dahin zu deuten, daß die Bestimmungen der §§ 640—643 ZPO., also die Normen eines Offizialverfahrens auf das heute als gleichwertig erkannte Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft, der blutmäßigen Abstammung zu erstrecken seien. Dieser Schluß kann — abgesehen von den genannten Gründen — auch aus einem rechtspolitischen Moment nicht gezogen werden.

Es handelt sich in § 644 ZPO. nicht um eine Norm, die noch längere Zeit wesentliche Bedeutung beanspruchen wird. Das Reichsgericht[1]) bezeichnet selbst die Zulassung einer Klage auf Feststellung der Blut-Abstammung als einen Notbehelf, der nur bis zu der erwartenden grundlegenden Regelung der Abstammungsverhältnisse eine Lücke füllen soll. Es erübrigt sich also den immer bedenklichen Weg zu gehen, eine noch gültige Gesetzesnorm für unbeachtlich zu erklären. Die Entscheidung für diese Stellungnahme wird erleichtert durch die im Urteil des Reichsgerichts selbst angedeutete Möglichkeit: auf der Grundlage der Wahrheitspflicht der Parteien im heutigen Zivilprozeß (§ 138 I ZPO.) müsse es einer geschickten Prozeßleitung gelingen, die Gefahren einer nur

1) RG. in JW. 1938, 247.

„formellen Wahrheit" zn vermeiden und einen objektiven richtigen Sachverhalt zur Urteilsgrundlage werden zu lassen[1]), nicht zuletzt dadurch, daß die Prozeßleitung ein gewisses Maß von Inquisitionsmaxime einfließen lasse[2]).

Auch in der Frage des § 644 ZPO. gilt: die gesetzlichen Normen sind nur die Schale des Rechts, der lebendige Inhalt wird geboren aus der Berührung der Norm mit den lebendigen Zeitkräften. Das Ergebnis dieser Berührung wird Wirklichkeit in der richterlichen Entscheidung.

Welches Gericht ist nun zuständig für die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung?

Von der Seite der Zivilprozeßlehre aus[3]) wird die Ansicht vertreten, daß für die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft gemäß § 23 Ziff. 2g GVG. die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet sei. Diese Ansicht erklärt sich wohl daraus, daß die anläßlich der Unterhaltsklage des unehelichen Kindes nach §§ 1708ff. BGB. erfolgende Feststellung der unehelichen Vaterschaft als häufigster Fall pro toto gesetzt und alles, was mit der Feststellung der unehelichen Vaterschaft zusammenhing, unter die Zuständigkeit des Amtsgerichts gestellt wurde. Diese Ansicht erklärt sich auch aus einer Blendung, die der Ausdruck „Anspruch" im Sinne des § 23 Ziff. 2,g GVG. ausübte. Anspruch = prozessualer Anspruch = Antrag auf einen Rechtsausspruch des Gerichtes = Anspruch also auch auf eine Feststellung, war die Gedankenkette. Endlich sprachen auch praktische Gründe dafür, den Unterhaltsanspruch aus außerehelichem Beischlaf mit der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft vor dem gleichen Gericht verbinden zu können.

Gegenüber diesen Anschauungen vertritt eine Strömung in der Rechtssprechung die richtige Ansicht von

---

1) Vgl. Roquette Anm. zu RG. in JW. 1938, 248.

2) Löning in JW. 1936, 2490,

3) Vgl. Baumbach 13. Aufl. § 644; § 23 GVG. Anm. 10; Stein-Jonas § 644; Sydow-Busch § 644 ZPO. Vgl. auch KG. in HRR. 1937, Nr. 1030.

der ausschließlichen Zuständigkeit des Landgerichts [1]). Sie begründet sich aus dem als selbständig erkannten Charakter der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin, die von der Gegenmeinung verkannt und mit der Feststellung der Zahlvaterschaft verwechselt wird. Die gebrachten Ausführungen haben genügend erwiesen, daß es sich um eine Statusklage, eine Klage auf die Feststellung des durch die blutmäßige Abstammung begründeten Familienstandes handelt, sodaß allein die Zuständigkeit des Landgerichts gegeben sein kann. „Es wird mit dieser Statusklage mehr als nur ein Anspruch aus einem außerehelichen Beischlaf verfolgt. Sie gehört deshalb vor das Landgericht" [2]).

Das zusammenfassende Ergebnis dieses Kapitels wäre, daß die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung von größter Bedeutung ist für das uneheliche Kind, bedeutsam auch — bei den noch bestehenden Lücken des geltenden Anfechtungsrechts — für das als ehelich geltende Kind. In diesem Rahmen ist diese Klage ein nicht unwirksames Instrument der Rechtsprechung, um klare Abstammungsverhältnisse in einer rassisch bestimmten Volksgemeinschaft herbeizuführen. Die Wünsche an eine künftige Rechtsgestaltung sind in dem Schlußkapitel dieser Arbeit noch zu berühren.

1) So jetzt Baumbach 14. Aufl., § 23 Anm. 3g GVG.; nur für die Feststellung der blutmäßigen Abstammung. Für die Feststellung des Zahlvaters nach § 1717 bleibe das Amtsgericht zuständig. — Diese Klageverteilung ist sachlich korrekt, praktisch unerfreulich. Unterhaltsklage und Feststellungsklage d. Zahlvaterschaft lassen sich aber oft nur schwer trennen. Eine Zuständigkeitsregelung bleibt de lege ferenda zu wünschen.

2) RG. in JW. 1937, 3042; unter Bezugnahme auf Kuttner und Wach; s. a. LG. Bonn JW. 1937, 2921.

Fünfter Teil.

Uebergangsrecht und Abschluß.

§ 19. Uebergangsrecht.

Die Klarheit der blutmäßigen Abstammung in weitesten Umfang zu sichern, ist das leitende Motiv des Gesetzgebers. Deshalb wird durch §§ 26—29 des Familienrechtsgesetzes der erfaßte Personenkreis soweit wie möglich gespannt: seine volle Bedeutung gewinnt das neue Anfechtungsrecht erst durch seine Ausdehnung auf die Vergangenheit. In diesem Sinne wird in §§ 26—29 FamRG. folgendes bestimmt:

1. Das neue Anfechtungsrecht gilt auch, wenn das Kind vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes, also vor dem 14. April 1938 geboren ist (§ 26 Abs. 1 mit §§ 3—8 FamRG).

Die rückwärtige Grenze wird durch den 1. Januar 1900, den Zeitpunkt des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuches gezogen. Die geänderten Normen der §§ 1591 ff. BGB. können nicht weiter in die Vergangenheit wirken als die bisherigen Normen. Die Anfechtung der Ehelichkeit der vor 1900 geborenen Kinder richtet sich also nach dem vor Erlaß des BGB. gültigen Recht[1]).

2. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes beginnt eine neue Anfechtungsfrist für den Ehemann — ungeachtet des Verlustes seines alten Anfechtungsrechts — in folgenden zwei Fällen gemäß § 26 Abs. 2 FamRG.[2]).

a) Der Mann hat die entscheidende Kenntnis der Unehelichkeitsumstände erst nach dem Untergang seines alten Anfechtungsrechtes, infolge von Fristablauf oder Kindesanerkennung, erlangt.

b) Der Mann hat die entscheidende Kenntnis erst im letzten Viertel der alten Anfechtungsfrist erhalten; die

---

1) So Günther, Rechtspfl. S. 167 unter 6; Maßfeller, JW. 1938, 1223; Seibert, JW. 1938, 2117; a. A. Rexroth, DJ. 1938, 715; der das neue Anfechtungsrecht auch für die vor 1900 geborenen Kinder gelten lassen will.

2) Vgl. Maßfeller, JW. 1938, 1223.

Kürze der Zeit konnte die Anfechtung unmöglich machen. Eine in den ersten neun Monaten der alten Anfechtungsfrist erlangte Kenntnis der Unehelichkeitsumstände vermag ein neues Anfechtungsrecht nicht zu begründen. Durch eigenes Verschulden des Mannes ist hier das Anfechtungsrecht für immer untergegangen[1]).

3. Der Staatsanwalt kann grundsätzlich frühestens erst ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes, also erst ab 14. April 1939 anfechten in allen Fällen, in denen das Anfechtungsrecht des Mannes nach § 26 Abs. 2 FamRG. wieder aufgelebt ist, aber auch in allen Fällen, in denen das Anfechtungsrecht des Mannes bei Inkrafttreten des Gesetzes auch nach altem Recht noch nicht erloschen war.

Sofort, ohne Rücksicht auf ein Wartejahr, tritt die Anfechtungsbefugnis des Staatsanwaltes in Wirkung, wenn das Anfechtungsrecht des Mannes vor dem Inkrafttreten des Gesetzes endgültig erloschen war, oder mit dem Tod oder mit dem unbekannten Aufenthalt des Mannes (§§ 5, 27 FamRG.)[2]).

4. Die Rechtskraft eines früheren Urteils, durch das die Anfechtungsklage des Mannes wegen Fristversäumnis oder Kindesanerkennung abgewiesen wurde, steht einer gemäß § 26 Abs. 1 oder Abs. 2 begründeten neuen Anfechtungsklage des Staatsanwalts oder Ehemannes nicht entgegen (§ 28 FamRG.)[3]).

5. In den bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht rechtskräftig entschiedenen Anfechtungsprozessen soll die Anwendung des neuen Rechts ermöglicht werden. Der Mann kann, noch in der Revisionsinstanz — entgegen also der Bestimmung des § 561 I. ZPO. — neue Tatsachen vorbringen, insoweit die Anfechtungsklage erst durch die Rechtsänderung ermöglicht worden ist, anders ausgedrückt, also nur solche Tatsachen die infolge der Rechtsänderung erheblich geworden sind[4]). Voraussetzung ist

1) Rexroth, DJ. 1938, 716.
2) Rexroth a.a.O., S. 716.
3) Maßfeller, JW. 1938, 1223.
4) So Günther, Rechtspfl. S. 167 unter 6; Maßfeller a.a.O., S. 1223.

Abschluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, vor Inkrafttreten des Gesetzes (§ 29 FamRG).

Wird in der Revisionsinstanz die Gegebenheit der Voraussetzungen, auf die sich gemäß § 26 Abs. 2 FamRG. das wiederauflebende Anfechtungsrecht des Mannes gründet, verneint, so muß die Klage abgewiesen werden. Das rechtskräftige Urteil einer aus diesen Grunde abgewiesenen Klage steht der Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt nicht entgegen[1]).

Der von Rexroth für diesen Fall gezogene Schluß ist richtig. Es ergibt sich schon aus dem allgemeinen auf S. 65/66 vorliegender Arbeit entwickelten Gedanken, daß die Rechtskraft einer Formalabweisung, eines wie diesenfalls wegen Fristversäumnis oder aus einem anderen Grunde, den Staatsanwalt nicht bindet und seiner neuen Anfechtungsklage nicht entgegensteht. Unberührt bleibt aber die Regel der allgemein bindenden Kraft der im Anfechtungsprozeß des Mannes ergangenen Sachurteile (§ 643 Satz 1 ZPO.).

Die schon S. 65 vorl. Arb. erwähnte abweichende Ansicht Günthers, das abweisende Sachurteil des Mannesprozesses stehe einer neuen Anfechtungsklage des Staatswalts nicht entgegen, ist nicht vereinbar mit der Lehre von der Bindung aller Staatsorgane an die von anderen Staatsorganen erlassenen Staatsbefehle. Nach Kuttner[2]) reichen die Wirkungen der materiellen Rechtskraft über das Prozeßgebiet hinaus, sie sind staatsrechtlicher Natur. Der Staat in seiner unteilbaren Einheit als Träger der Hoheitsrechte ist in allen seinen Organen gebunden an die von einem Organ dieser Staatsgewalt in ihrem Zuständigkeitsbereich erlassenen Entscheidung.

Diese Anschauung wird nicht allgemein anerkannt. Eine generelle Entscheidung dieses Problems sei nicht angängig, da die Entscheidung im einzelnen Fall von

---

1) Rexroth, DJ. 1938, 716 a. E.

2) Kuttner in Festgabe der Berliner Juristen-Fakultät für Otto Gierke, Bd. 2, S. 232.

Zweckmäßigkeitsgründen und Interessenabwägungen bestimmt sei [1]).

Mag man auch bei dieser Auffassung die generelle Ausweitung des Wesens der Rechtskraft auf die ganze Einheit des Staates ablehnen, einig ist man sich darüber, daß die für und gegen alle wirkenden Urteile bindende Kraft gegenüber allen übrigen Staatsorganen haben [2]). So gilt wenigstens auf diesem Teilgebiet der alte, dem organischen Rechtsdenken des nat. soz. Staates durchaus gemäße Grundsatz: [3])

„Der rechtskräftige Anspruch des Prozeßgerichts ist ein bindender Staatsakt; es kann mithin nicht zulässig sein, daß ein anderes Organ desselben Staates die res iudicata zum Gegenstand abermaliger Erörterung und anderweitiger Entscheidung macht".

§ 20. Abschluß.

Am Ende einer Untersuchung über das neugestaltete Ehelichkeitsanfechtungsrecht steht die Frage: sind die Nachteile der alten Ordnung beseitigt und ist der neue Weg geeignet, bei allem Schutz des volkswichtigen Gutes der Familie, die Klarheit des Familienstandes und der blutmäßigen Abstammung als Grundlage dieser Familie sicherzustellen.

Die Antwort kann im wesentlichen bejahend lauten. „In der Hintereinanderschaltung eines befristeten Anfechtungsrechts des Ehemannes und eines unbefristeten Anfechtungsrecht des Staates, vertreten durch den in Ehesachen seit langem erfahrenen Staatsanwalt [4])", wurde der alte Gedanke des Familienschutzes in glücklicher Weise vereinigt mit dem Schutze der Abstammungsklarheit, die Anfechtungsbefristung des Ehemannes sinnvoll gestaltet und durch die Schaffung einer parteientrückten öffentlichen

1) So Stein-Jonas, § 322, II, 5.

2) Vgl. für viele Förster-Kann § 322 ZPO. Anm. 7, b mit Lit. auch Baumbach, § 322 Anm. 1 Db.

3) S. Förster-Kann, § 322 ZPO. Anm. 7.

4) S. Ficker, ZAkDR. 1938, 328.

Instanz mit latenter Bereitschaft das Interesse der Volksgemeinschaft für alle Fälle gewahrt.

Es erwies sich als ein auch durch die Neuordnung nicht beseitigter Mangel des Anfechtungsrechts, daß eine allgemein bindende Entscheidung über den Familienstand eines Kindes nach seinem Tode nicht mehr möglich ist. Es wurde in Vorschlag gebracht durch ein ausgearbeitetes staatsanwaltschaftliches Anfechtungsverfahren, das gegen einen aufzustellenden Pfleger des verstorbenen Kindes zu richten wäre, Abhilfe zu schaffen (vgl. S. 75 vorl. Arb.).

Nicht entscheidend ist, ob nun dieses oder ein anderes Verfahren, etwa das vormundschaftsgerichtliche der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu diesem Zwecke herangezogen wird. Wichtig ist alleln, daß in diesen wie in allen anderen Fällen Instanzen mit klaren Kompetenzen und entscheidungskräftige Verfahrensarten zur Verfügung stehen, um eine allgemein bindende Feststellung des Familienstandes zu sichern. Denn es ist nicht erfreulich, wenn diese Möglichkeit für 90% der Fälle besteht, in 10% der Fälle aber mangels eines geeigneten Verfahrens, die mindestens theoretische Gefahr vorliegt, daß der Familienstand in verschiedenen Prozessen einmal so und einmal so entschieden wird.

Es wäre ferner zu wünschen, daß die bestehenden Differenzen über die Rechtslage nach einer Prozeßabweisung der Anfechtungsklage des Mannes[1]) durch eine gesetzliche Bestimmung beseitigt werden. Diese Bestimmung müßte einerseits aussprechen, daß die Prozeßabweisung nicht die materielle Wirkung einer Klagezurücknahme (s. § 1596 II) hat, um den Mann vor einem unbilligen Verlust seines Anfechtungsrechts infolge von Zeitablauf zu schützen. Andererseits müßte eine solche Bestimmung das unerfreuliche Zwischenstadium mit möglichen Feststellungsklagen Dritter, das zwischen Prozeßabweisung und Erhebung einer neuen Anfechtungsklage nach geltendem Recht möglich ist, beseitigen. Diese beiden Rechtswirkungen wären mit einem Schlage zu erzielen durch eine

1) Vgl. S. 92ff. vorl. Arb.

einfache Aenderung von § 1596 III wie folgt: „Vor der Erledigung des Rechtsstreits durch Sachurteil kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden".

Der glücklichste Griff des Familienrechtsgesetzes ist die Einschaltung einer parteientrückten öffentlichen Instanz mit einer das Anfechtungsrecht geradezu beherrschenden Stellung zur Sicherung der Klärung des Familienstandes und der blutmäßigen Abstammung. Diese öffentliche Instanz wird zweifellos auch in eine Neuordnung Eingang finden. Fraglich ist nur ob auch im künftigen Recht der Staatsanwalt diese öffentliche Instanz darstellen oder etwa durch eine andere Behörde ersetzt werden wird.

Immer wieder sind in älterer und jüngerer Zeit Vorschläge aufgetaucht, die allgemein bindende Entscheidungsmacht über die Feststellung des Familienstands eines Kindes dem Vormundschaftsgericht zu übertragen[1]), wie es z. B. auch im Entwurf eines Unehelichen-Rechts von Bechert-Cornelius aus dem Jahre 1934 vorgesehen ist[2]). Eine solche Kompetenz hätte zweifellos neben dem Vorzug der Einheitlichkeit den weiteren Vorteil der Anwendung der einfacheren Verfahrensformen der freiwilligen Gerichtsbarkeit an Stelle des umständlichen zivilprozessualen Statusprozesses. Dennoch sind diese Vorschläge wenigstens hinsichtlich des lebenden Kindes bei der heutigen Gestalt des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzulehnen. Dieses Verfahren bietet nicht dieselben Garantien für eine der wahren Sachlage entsprechende Klärung des Familienstandes und der blutmäßigen Abstammung, wie sie in dem zivilprozessualen Statusprozeß gegeben sind. Die Ausgestaltung des Anfechtungsprozesses zu einem wirklichen Offizialverfahren, wie sie durch die Beschränkung der Parteiverfügung über den Prozeßstoff (§ 617 ZPO. mit § 7 II FamRG.) und durch die Einschaltung der objektiven Wahrheitsvermittlung durch das Gericht (§ 622 ZPO. mtt § 7 I FamRG.) geschehen ist,

1) Vgl. Katzenstein in DRZ. 1912, 410; Bastian, „Die Anfechtung der Ehelichkeit" in JW. 1935, 2684.

2) S. DR. 1934, 422 und 442.

hat die Eignung des Anfechtungsverfahrens wesentlich verstärkt; diese Ausgestaltung wird sich andererseits auch in einer Beschleunigung und Vereinfachung des Anfechtungsverfahrens auswirken.

Für die Klärung des Familienstandes des lebenden Kindes durch Ehelichkeitsanfechtung ist das zivilprozessuale Statusverfahren in seiner neugsstalteten Form vorzuziehen. Um der Einheitlichkeit und der Klarheit der Instanzen willen empfiehlt es sich auch hinsichtlich des verstorbenen Kindes den Staatsanwalt im künftigen Recht mit der Durchführung eines besonders gestalteten Anfechtungsverfahrens zu betrauen.

Sprechen die genannten Vorzüge für die Beibehaltung der zivilprozessualen Verfahrensformen, so deutet die immer häufigere Beauftragung des Staatsanwalts mit der Wahrnehmung der Interessen der Volksgemeinschaft in der nat. soz. Gesetzgebung darauf hin, daß auch seine Stellung im Kindschaftsrecht als Hüter der Abstammungsklarheit nicht nur vorläufiger Art seln wird. Das Ehemißbrauchgesetz (Art. II §§ 1—4), das Blutschutzgesetz (§ 1 Abs. 2), das Ehegesundheitsgesetz (§ 3 I Satz 3) verleihen ihm die ausschließliche Klagebefugnis bei nichtigen Ehe- oder Kindschaftsverhältnissen. Mit allen diesen Funktionen wird er zum entscheidenen Organ für die Wahrung der völkischen Gemeinschaftsgedanken im dentschen Familienrecht.

Solange die aufgezeigten Mängel und Lücken des geltenden Anfechtnngsrechts noch bestehen, wird die in ihrer heutigen Form als Notbehelf erkannte Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung Bedeutung haben auch für die Ehebruchskinder, deren Unehelichkeit nicht allgemein bindend festgestellt ist. Sie ist hier berufen eine wenigstens relative Klarheit der Abstammung zu schaffen. Die Annahme der infolge des neugestalteten Anfechtungsrechts eingetretenen generellen Unzulässigkeit der Abstammungsklage[1]) widerlegt sich aus den in § 18 der vorl. Arb. gemachten Ausführungen. Unzulässig ist

1) So Seibert in ZAkDR. 1938, 553.

sie für diejenigen Ehebruchskinder, deren Ehelichkeit durch ein sachabweisendes Urteil im Anfechtungsprozeß mit Wirkung für und gegen alle festgestellt ist[1]). Für alle diejenigen Ehebruchskinder, deren Unehelichkeit durch Sachurteil im Anfechtungsprozeß bestätigt ist, ist die Abstammungsklage zulässig und bedeutsam. Durch die Anfechtung der Ehelichkeit wird nur die Nicht-Abstammung vom Ehemann erwiesen, und damit „der positiven Feststellung der blutmäßigen Abstammung nur der Weg bereitet“ [2]). Der zweite Schritt zur Klärung der blutmäßigen Abstammung muß erst geschehen durch die Klage auf Feststellung der positiven Abstammung von dem physiologischen Erzeuger. Anfechtungsklage und Abstammungsklage ergänzen sich also. Die in den Entscheidungsgründen des Anfechtungsurteils getroffene Klärung über den physiologischen Erzeuger erwächst ja nicht in Rechtskraft, sodaß das Bedürfnis nach einer rechtskräftigen Entscheidung über die blutmäßige Abstammung unbedingt gegeben sein kann. Das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil entscheidet über den Familienstand des Kindes, über die Frage der Nicht-Abstammung vom Ehemann der Mutter, über die Familienzugehörigkeit eines Kindes, das blutmäßig nicht in diese Familie gehört und klärt damit negativ die blutmäßige Abstammung, die positiv durch die Abstammungsklage gegen den Erzeuger untersucht und erwiesen wird.

Für diese unehelich gewordenen Ehebruchskinder kann also die Abstammungsklage von derselben Bedeutung werden wie für die ursprünglich unehelichen Kinder. Das ist das generelle Prinzip. Es ist Frage des einzelnen Falles, ob das rechtliche Interesse an der Abstammungsklage gegen den Erzeuger für das als unehelich erklärte Ehebruchskind zu bejahen ist, oder ob der Nachweis der positiven blutmäßigen Abstammung von einem Mann durch Urkunden, die Beweisergebnisse des Anfechtungsprozesses oder auf sonstige Weise geführt werden kann.

1) Vgl. S. 122 vorl. Arb.

2) Um Seibert's eigene Worte zu gebrauchen.

Als zusammenfassendes Ergebnis wäre die Bedeutung der Klage auf Feststelluug der blutmäßigen Abstammung einmal für alle unehelichen oder unehelich gewordenen (Ehebruchs-)Kinder, sodann auch — bei den noch bestehenden Lücken des Anfechtungsrechts — für diejenigen Ehebruchskinder zu fixieren, deren Unehelichkeit noch nicht mit allgemein bindender Wirkung festgestellt ist oder nicht mehr festgestellt werden kann, insbesondere also für die verstorbenen Kinder.

Die Hauptnachteile des Verfahrens nach §§ 256, 644 ZPO., die eine objektive Entscheidung der blutmäßigen Abstammung erschweren, wie Abhängigkeit des Verfahrens von der Parteiendisposition und Mangel einer Entscheidung mit allgemein bindender Kraft, werden im künftigen Recht beseitigt und — entsprechend der alten und neuerkannten Bedeutung der Blut-Abstammung — ersetzt werden müssen durch eine Ausgestaltung dieses Statusverfahrens „schwächeren Grades“ zu einem Wollen Statusverfahren im Sinne der §§ 640—645 ZPO. Nur in dieser Ausgestaltung wird die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung im künftigen Recht ihrer Funktion gerecht werden können, sofern der Gesetzgeber diese Klageform beibehalten wird.

Es wäre natürlich denkbar, daß der Gesetzgeber andere Wege zur Klärung der blutmäßigen Abstammung beschreitet. Nach der Begründung zum § 30 des neuen Personenstandsgesetzes[1]) ist im künftigen Recht eine Feststellung der Abstammung des unehelichen Kindes mit allgemein bindender Wirkung von Amtswegen vorgesehen. Es ist nicht gesagt, wer dieses Amt sein wird, aber naheliegende Vermutung weist auf das Vormundschaftsgericht. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung des, wie oben gesagt, in seiner heutigen Form nicht ausreichenden Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann dieser Weg zu günstigen Ergebnissen und einem befriedigenden Ersatz der Klage auf Feststellung der blut-

1) Vgl. Personenstandsgesetz Textausgabe C. H. Beck, München-Berlin 1938.

mäßigen Abstammung führen. Dieser Plan betrifft zunächst nur die unehelichen Kinder. Das Anfechtungsrecht muß deshalb von dieser Regelung nicht berührt werden. Vielmehr würde sich durch eine glückliche Verteilung der Funktion folgende Rechtslage ergeben:

Alles, was die Bestreitung der Ehelichkeit eines Kindes berührt, ist Gegenstand und Aufgabe des vom Staatsanwalt beherrschten Anfechtungsrechtes. Alles was die positive Feststellung der blutmäßigen Abstammung von einem bestimmten Mann bei unehelichen und infolge Anfechtung unehelich gewordenen Kindern betrifft, ist Gegenstand und Aufgabe der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung. Ueber den Familienstand wird in dem vom Staatsanwalt beherrschten Anfechtungsverfahren, über die positive blutmäßige Abstammung im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren mit allgemein bindender Wirkung entschieden.

Ob nun im künftigen Recht der Staatsanwalt auf die negative Seite der Abstammungsklärung, die Anfechtung der Ehelichkeit beschränkt bleiben wird, ob die positive Seite die Feststellung des blutmäßigen Erzeugers ebenfalls ihm oder einer anderen Instanz übertragen werden wird, kann dahingestellt bleiben. Die aufgezeigte Entwicklung deutet aber darauf, daß der Staatsanwalt auch in künftiger Ordnung Herr des Anfechtungsrechts bleiben wird. Wesentlich wird sein, daß er seine Machtstellung handhabt nicht als feindlicher Störer des Familienfriedens, sondern als Klärer des wahren Familienstandes, um entscheidend den Weg zu bereiten zu einem den wahren Blutzusammenhängen entsprechenden „Grundbuch des deutschen Blutes“ [1]).

Es wird vom Geschick des Staatsanwalts abhängen im Volksbewußtsein den Widerhall seiner Aufgabe zu wecken als die Sicherung einer blut- und rassemäßig wahren Familieneinheit, auf der allein sich der Volkskörper aufbauen kann. In dieser Resonanz wird er auch

1) Gercke, „Das Lebensrecht der biologischen Gemeinschaft“ in DR. 1934, 308.

Verständnis finden, wenn er um des hohen Zieles willen im einzelnen Fall Härte anwenden und bestehende menschliche Verbindungen lösen muß.

In engster Zusammenarbeit mit dem Vormundschaftsgericht, künftigen Sippenämtern, der Reichsstelle für Sippenforschung oder sonstigen, mit der Abstammungsklärung betrauten Behörden, kann sich das neu gestaltete Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes entfalten als ein Glied in dem Ring zur Gestaltung eines klaren Gesamtbildes der deutschen Blutordnung. Alle diese Maßnahmen können nur fruchtbar werden, wenn sie die Gefahr der Erstarrung zu einer Registriermaschine des Stoffes „Volk" vermeiden, sondern vielmehr von der kräftigen Anschauung des Volkes sich tragen und erfüllen lassen.

In diesem lebendigen Kontakt wird jeder Schritt ei- Boden finden, der die unheilvolle Kluft zwischen Natur und Recht, zwischen blutmäßiger Abstammung und Familienstand schließt, der die Familie auch rechtlich zum Ausdruck eines einheitlichen Blutverbandes werden läßt, der das uralte und neue Leitbild stärker verwirklicht: das Recht nicht ein Zwänger organischen Werdens, sondern Form, Diener und Spiegel des Lebens.

§ 21. Nachtrag.

Aendernde Einwirkung des neuen Eherechts.

Erst nach dem wesentlichen Abschluß der vorliegenden Arbeit bringen das neue Ehegesetz vom 6. Juli 1938 (RGBl. I, S. 807) und vor allem die Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 27. Juli 1938 (RGBl. I, S. 923) nicht unwesentliche Aenderungen.

Eine Einarbeitung dieser Aenderungen würde Ausgang, Charakter und Sinn der vorliegenden Arbeit verwischen, deren Aufgabe darin erblickt wurde auf dem Hintergrund des geschlossenen Familienrechts des bürgerlichen Gesetzbuches das neue Anfechtungsrecht des Familienrechtsgesetzes abzuzeichnen und vor allem die Entwicklungslinie von dem alten, durch die Interessen einer bür-

gerlichen Gesellschaftsordnung bestimmten Anfechtungsrecht zu dem neuen, durch die Klarheit der blutmäßigen Abstammung als Grundlage von Familie und Volk bestimmten Ehelichkeitsanfechtungsrecht herauszustellen. Deshalb sollen die Aenderungen, die sich aus dem neuen Eherecht an den für vorliegende Arbeit wichtigen Bestimmungen ergeben, in diesem Nachtrag in kurzer Zusammenfassung dargestellt werden.

Laut § 84 des Ehegesetzes treten u. a. außer Kraft die §§ 1303—1352, 1564—1587, 1699—1704 des bürgerlichen Gesetzbuches, Art. II §§ 1 und 2 des Ehemißbrauchgesetzes.

Laut § 87 der Durchführungsverordnung zum Ehegesetz treten u. a. außer Kraft, Art. II, §§ 3 und 4 des Ehemißbrauchgesetzes, § 7 des Familienrechtsgesetzes, § 5 der Durchführungsverordnung zum Familienrechtsgesetz.

Durch §§ 31—44 der DVO. zum EheG. werden die §§ 607—641 ZPO. zum größten Teil neu gefaßt.

Sämtliche Aenderungen treten, soweit nichts anderes bestimmt ist am 1. August 1938 in Kraft.

Aenderungen vor allem im materiellen Recht.

1. Der § 1310 BGB. wird ersetzt durch die §§ 6 und 7 EheG. Sachlich wird nichts geändert. Die Wahl des Ausdrucks „Blutsverwandtschaft" in § 6, entsprechend dem § 85 des Oesterr. ABGB.[1]), bestätigt aber eindeutig, was für § 1310 nie bezweifelt wurde, daß Verwandtschaft im Sinne des BGB. Blutsverwandtschaft ist. Die Ansicht von einem Rechtsverhältnis der blutmäßigen Abstammung findet in der neuen Fassung eine Stütze.

2. Das Ehenichtigkeitsrecht der §§ 1323 ff. BGB. wird ersetzt durch die §§ 20—32 EheG. Die Nichtigkeitsgründe in den §§ 20—26 EheG. entsprechend im wesentlichen dem bisherigen Recht. Der Katalog dieser Gründe ist aber vervollständigt durch den Hinweis des § 20 auf die Ehenichtigkeit nach Blutschutzgesetz (§ 1 Abs. 1) und nach Ehegesundheitsgesetz (§ 3 Abs. 1).

1) S. Begr. zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938, in DJ. 1938, 1103.

Der § 1325a BGB. wird ersetzt durch § 23 EheG., der die Namensehe und den neuen Nichtigkeitsgrund der Staatsangehörigkeitsehe zusammenfaßt.

Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist anders als in § 1329 Satz 1 BGB. nach Eheauflösung nicht mehr möglich; sie ist ausschließlich erst zulässig nach Nichtigerklärung der Ehe (§ 27 EheG.). Der einzige Weg dazu ist die Nichtigkeitsklage (§ 28 Abs. 2 EheG.), die in den völkisch wichtigsten Fällen der rassischen Mischehe, der Ehe zwischen Eheuntauglichen, der Namens- und Staatsangehörigkeitsehe dem Staatsanwalt vorbehalten ist[1]).

An der ex tunc Wirkung des Ehenichtigkeitsurteils wird grundsätzlich nichts geändert[2]).

3. Der § 1699 III BGB. wird ersetzt durch § 29 I, EheGes. Durch ihn werden die Kinder der Namens- und Staatsangehörigkeitsehe und der nach Blutschutz- oder Ehegesundheitsgesetz nichtigen Ehe als unehelich erklärt. Die Berufung auf diese Unehelichkeit ist abhängig von der gerichtlichen Ehenichtigkeitserklärung oder der Unehelichkeitserklärung (§ 29 II EheG.).

Diese Unehelichkeitsfeststellungsklage, zulässig nur nach dem Tode beider Eltern und durchführbar nur durch den Staatsanwalt (§ 29 III EheG.), ist zu unterscheiden von der Ehelichkeitsanfechtungsklage. Erstere betrifft die Kinder nichtiger Ehen, letztere die Kinder bestehender oder bestandenhabender Ehen. Gleichheit besteht nur hinsichtlich des angewandten Verfahrens, das gemäß § 640 III ZPO. in Fassung des § 44 I, der DVO. zum EheG. auf die Unehelichkeitsteststellungsklage Anwendung finden.

Der § 1699 I BGB. wird ersetzt durch § 30 I EheG. Darnach gelten die Kinder nichtiger Ehen — ausgenommen die Kinder der aus völkischen Gründen nichtigen Ehen — als ehelich, unabhängig von dem guten oder bösen Glauben der Eltern hinsichtlich der Nichtigkeit der Ehe. Die Kinder einer solchen Ehe sollen nicht unter den Verfehlungen ihrer Eltern leiden.

1) Vgl. § 28 I EheG.; § 1, II BlutschutzG. und § 8 I, DVO. dazu; § 3 I, Satz 3 EheG. und § 28 DVO. dazu.

2) Begr. zum EheG. in DJ. 1938, 1105.

Der § 1699 II BGB. ist durch die Gleichbehandlung der Formnichtigkeit (§ 21 EheG.) mit den anderen Nichtigkeitsgründen — die sogenannte Nicht-Ehe gibt es also nicht mehr — hinfällig geworden und erscheint im neuen Recht nicht mehr.

Grundsätzlich sind die gemäß § 30 I EheG. als ehelich geltenden Kinder auch nur dann ehelich, wenn — die nichtige Ehe in diesem Zusammenhang als gültig zu unterstellen — die Voraussetzungen der §§ 1591 ff. BGB. erfüllt sind, also vor allem die Beiwohnung des Mannes in der gesetzlichen Empfängniszeit. Die Anwendung des Anfechtungsrechts auf diese Kinder ist wohl allgemein — weiter kann auf dieses Problem hier nicht eingegangen werden — zu bejahen. Zur Vermeidung überflüssiger Anfechtungsprozesse des Mannes, der sich seinen Verpflichtungen gegenüber den Kindern der nichtigen Ehe entziehen möchte, wäre es zu erwägen, künftig das ausschließliche Anfechtungsrecht des Staatsanwalts für diese Fälle zu bestimmen.

4. Das Eheanfechtungsrecht der §§ 1330—1347 BGB. wird ersetzt durch die §§ 33—42 EheG. An die Stelle der Anfechtbarkeit tritt die Aufhebbarkeit der Ehe.

In Abkehrung von der vertraglichen Auffassung der Ehe wird der tatsächliche Bestand einer solchen Ehe nicht mehr durch ein ex tunc wirkendes Urteil ausgelöscht (wie in § 1343 BGB.), sondern bleibt anerkannt; die Ehe wird durch ein ex nunc wirkendes Aufhebungsurteil aufgelöst (§ 34 EheG.).

Dieses Urteil wird gemäß § 33 EheG. herbeigeführt durch eine Eheaufhebungsklage (nicht mehr Anfechtungsklage wie § 1341 I BGB.), die nur binnen Jahresfrist (nicht mehr binnen 6 Monaten wie § 1339 I BGB.) nach Erlangung der Kenntnis der Aufhebungsgründe erhoben werden kann (§ 40 EheG.).

Das Urteil im Aufhebungsprozeß hat wie ein Scheidungsurteil typisch konstitutiven Charakter, Der § 34 EheG. ist dem § 1567 BGB. nachgebildet. Das neue Aufhebungsrecht ist dem Scheidungsrecht stark angenähert

und insbesondere in seinen Folgen ihm völlig gleichgestellt (§ 42 I EheG.).

Für eine Anfechtungserklärung nach dem Tode eines Gatten wie in § 1342 BGB. ist bei dieser Regelung kein Raum mehr.

Durch § 40 der DVO. zum EheG. werden die verfahrensrechtlichen Vorschriften dem neuen Aufhebungsrecht angepaßt. An Stelle der Worte „Anfechtung", „Anfechtbarkeit" und „Anfechtungsklage" sind die Worte „Aufhebung", „Aufhebbarkeit" und „Aufhebungsklage" sinngemäß zu setzen oder auf diese zu beziehen.

Da aber die Grundsätze des alten Eheanfechtungsrechts im Ehelichkeitsanfechtungsrecht wiederkehren und weiterwirken, wird eine Bezugnahme auf das alte Eheanfechtungsrecht, vor allem die §§ 1341—43 BGB. in vorliegender Arbeit durch die Aenderung des neuen Eherechts nicht berührt. Aus der Tatsache, daß das Ehelichkeitsanfechtungsrecht durch die neuen Ehegesetze sachlich nicht geändert wurde, kann sogar geschlossen werden, daß dieses Recht nun nicht nach dem neuen Eheaufhebungsrecht ausgerichtet werden, sondern in seiner besonderen, durch das Familienrechtsgesetz ausgebauten Struktur erhalten bleiben soll.

Der besondere Anfechtungsgrund des § 1350 BGB. wird ersetzt durch § 44 I EheG., der sachlich nur insoweit verändert ist, als das Recht, die Aufhebung der Ehe zu begehren, nur dem wiederverheirateten Ehegatten der früheren Ehe, nicht mehr dem Partner der zweiten Ehe zusteht. Der § 1348 wird ohne sachliche Aenderung ersetzt durch § 43 EheG.

5. Das bisherige Recht kannte eine besondere Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die an Stelle der Scheidungsklage aus religiösen Motiven zugelassen war. Die diesbezüglichen Bestimmungen der §§ 1575, 1576, 1586, 1587 BGB. sind aufgehoben. Der § 639 ZPO. ist aufgehoben durch § 43 I DVO. zum EheG. An Stelle von § 1576 BGB. ist § 98 EheG. getreten, der den jederzeit statthaften Uebergang zu Scheidungsklagen wie nach

bisherigem Recht bestimmt. Geschieht das nicht, so ist die Klage abzuweisen[1]). Auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft darf also auch in bereits abhängigen Prozessen nicht mehr erkannt werden[2]).

Die Frage der Gültigkeit der Beiwohnungsvermutung des § 1591 II BGB. im Falle einer nach §§ 1575, 1586 BGB. aufgehobenen ehelichen Gemeinschaft (vgl. Seite 13/14 vorl. Arb.) hat also nur noch für bereits bestehende Aufhebungserkenntnisse Bedeutung.

Aenderungen im Verfahrungsrecht.

Die Einschaltung der Wahrheitsermittlung durch das Gericht (§ 622 I ZPO. a. F. mit § 7 I FamRG.) und die Ausschaltung der Parteiverfügung über den Prozeßstoff (§ 617 I,II ZPO. a. F. mit § 7 II FamRG.) hatten das Verfahren im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß dem schon bisher Offizialcharachter tragenden Verfahren im Ehelichkeitsfeststellungsprozeß (§ 640 I ZPO. a. F.) nahezu gleichgeschaltet. Durch die Anwendung dieser Grundsätze einer objektiven Wahrheitsermittlung auch auf alle Ehesachen, unabhängig davon ob es sich um ehefreundliche oder um ehefeindliche Tatsachen handelt, wurde diese unglückliche Unterscheidung der §§ 617 und 622 ZPO. a. F. endlich überflüssig. So konnte der § 640 I a. F. mit § 641 I ZPO. a. F. vereinigt und der in die §§ 617 und 622 ZPO. eingebaute § 7 FamRG. aufgehoben werden.

Eine Reihe der in § 640 I ZPO. zitierten Bestimmungen wurde neu gefaßt oder neu eingefügt.

Durch diese in Konsequenz eines geänderten Rechtszustandes vorgenommenen Neufassungen wird sachlich — auch an den Untersuchungen der vorliegenden Arbeit — nichts Wesentliches verändert; zur erleichterten Orientierung sind aber die Neufassungen im folgenden angegeben:

1. Der § 641 I ZPO. a. F., die Generalnorm des bis-

1) Bechner in JW. 1938, 2115 unter 8.

2) Vgl. Rexroth, „Das neue Recht der Ehescheidung" in JW. 1938, 2095.

herigen Anfechtungsverfahrensrechts, ist mit § 640 I ZPO. a. F. vereinigt in einem neuen § 640 I ZPO. in Fassung von § 44 I DVO. zum EheG. Der Verweisungskatalog des § 640 I ZPO. n. F. gilt einheitlich für das Ehelichkeitsanfechtungsverfahren und das Ehelichkeitsfeststellungsverfahren, wie es praktisch bereits nach dem Familienrechtsgesetz und der DVO. zum FamRG. der Fall war (vgl. S. 83 vorl. Arb.).

Der § 640 II ZPO. a. F. ist unverändert aufgegangen in § 640 II ZPO. n. F. Für den durch den Wegfall der Anfechtung der Ehelichkeitsanerkennung (§ 6 FamRG.) nahezu illusorisch gewordenen § 641 III ZPO. a. F. war angesichts der erweiterten Wirkung des § 640 II ZPO. kein Raum mehr.

Durch einen neuen Absatz III zu § 640 in Fassung von § 44 I DVO. zum EheG. werden die Vorschriften von Abs. I als maßgebend erklärt auch für das Unehelichkeitsfeststellungsverfahren derjenigen Kinder, die den aus völkischen Gründen nichtigen Ehen nach § 29 I EheG. entstammen. Das staatsanwaltschaftliche Recht des Ueberganges von der Ehenichtigkeitsklage zur Unehelichkeitsfeststellungsklage (im aufgehobenen Art. II § 2 Ehemißbrauchgesetz) ist in die neue Bestimmung eingebaut.

Der § 641 II ZPO. a. F. erscheint sachlich unverändert als § 641 ZPO. in Fassung des § 44 II der DVO. zum EheG.

Im Folgenden werden die einzelnen Bestimmungen der Generalanweisung des § 640 I ZPO. n. F. untersucht.

Mitwirkung des Staatsanwaltes und Wahrheitsermittlung durch das Gericht.

2. Der § 607 ZPO. a. F. wird geändert und neugefaßt durch § 31 DVO. zum EheG. Der § 607 ZPO. n. F. unterstreicht das Mitwirkungsrecht des Staatsanwaltes in Ehesachen bezw. Anfechtungssachen als Hüter der Interessen der Volksgemeinschaft. Unter dem Gesichtspunkt der objektiven Wahrheitsermittlung ist sein Mitwirkungsrecht unabhängig davon, ob die Ehe bezw. Ehelichkeit

dadurch erhalten oder aufgelöst wird. Das nach § 7 FamRG. für die Ehelichkeitsanfechtungsklage geltende Prinzip (vgl. S. 84/85 vorl. Arb.) ist damit auch für Ehesachen gesetzlich formuliert.

3. Die entsprechende Anwendung des § 634 ist in § 640 I ZPO. n. F. neu bestimmt, wie auch in § 638 ZPO. in Fassung des § 42 der DVO. zum EheG. für die Ehefeststellungsklage.

Das staatsanwaltschaftliche Mitwirkungsrecht des § 607 ZPO. wird in § 634 wesentlich erweitert durch ein selbständiges Recht zur Antragsstellung und Rechtsmitteleinlegung in den Prozessen, in denen er nicht selbst Klage erhoben hat.

Wichtig wird dieses erweiterte Mitwirkungsrecht im Ehelichkeitsfeststellungsprozeß, der nach Fechner[1]) verschiedentlich von nichtarischen Personen benutzt wurde, um ein allgemein verbindliches Urteil zur Verschleierung der Abstammung zu erschleichen.

Wichtig wird dieses Recht auch in dem vom Manne erhobenen Ehelichkeitsanfechtungsprozeß. Die auf Seite 65, 66 vorl. Arb. gegen Günther vertretene Ansicht von der bindenden Kraft eines im Anfechtungsprozeß des Mannes ergangenen abweisenden Sachurteils gegenüber einer neuen Anfechtungsklage durch den Staatsanwalt wird durch das ausgedehnte Mitwirkungsrecht im Anfechtungsprozeß des Mannes wesentlich bestärkt.

4. An Stelle von § 617 I, II, III ZPO. mit M 7 II, FamG. tritt § 617 ZPO. in Fassung von § 35 DVO. zum EheG.

Die Beschränkung der Parteiverfügung über den Prozeßstoff, die Beschränkung der Verhandlungsmaxime — nach § 7 FamRG. bereits Grundsatz des Ehelichkeitsanfechtungsprozesses — ist damit auch für alle Ehesachen ausgesprochen. Er galt im bisherigen Recht gemäß § 617 III ZPO. a. F. schon für Ehenichtigkeits- und Ehefeststellungssachen. Diese Bestimmung ist damit überflüssig geworden.

1) Fechner, in JW. 1938, 2116 unter III.

5. An Stelle von § 622 I, II ZPO. mit § 7 I FamRG. tritt § 622 I ZPO. in Fassung von § 37 DVO. zum EheG.

Die Wahrheitsermittlung durch das Gericht, die Untersuchungsmaxime — nach dem FamRG. bereits für den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß gültig — ist damit für alle Ehesachen maßgebend geworden.

Auf § 622 II ZPO. in Fassung von § 37 DVO. zum EheG. ist in § 640 I ZPO. n. F. nicht verwiesen; diese Einschränkung des Grundsatzes der Wahrheitsermittlung durch das Gericht kommt also nur für Eheprozesse, aber nicht für den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß in Frage.

6. Die entsprechende Anwendung von § 635 ZPO., bereits nach § 5 DVO. zum FamRG. für den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß bestimmt, wird in den Verweisungskatalog des § 640 I ZPO. n. F. aufgenommen; der § 5 DVO. zum FamRG. ist damit hinfällig geworden (vgl. S. 87/88 vorl. Arb.). Durch Ausschaltung eines Versäumnisurteils gegenüber dem Anfechtungskläger wird die Beschränkung der Parteiherrschaft über den Prozeßstoff vervollständigt.

7. Die §§ 613, 618, 625, 626, 642 ZPO. sind unverändert geblieben.

8. Unverändert geblieben ist auch § 619 ZPO. Es kann darin eine Stütze der Ansicht gefunden werden, daß § 619, die Parteivernehmung zur Aufklärung durch §§ 445 ff. ZPO., die Parteivernehmung zu Beweiszwecken, nicht erledigt sein, sondern als eigene Form einstweilen bestehen soll (vgl. S. 85—87 vorl. Arb.).

9. Die entsprechende Anwendung von § 637 ZPO. — bereits nach § 5 DVO. zum FamRG. für den Staatsanwalt erhobenen Anfechtungsprozeß bestimmt — wird in § 640 I ZPO. n. F. neu aufgenommen. Darnach ist beim Unterliegen des Staatsanwaltes die Staatskasse zur Kostenerstattung an den obsiegenden Gegner des Ehelichkeitsanfechtungsprozesses zu verurteilen.

Urteil und Rechtskraft.

10. Der § 628 ZPO. gilt unverändert für den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß.

Für den Ehelichkeitsprozeß gilt er gemäß § 638 ZPO. in Fassung von § 41 II DVO. zum EheG. nur beim Tod beider Ehegatten.

11. Der § 643 ZPO. ist nicht geändert worden. Die allgemein bindende Kraft des Anfechtungsurteils wird also nicht berührt. (An Stelle der für § 643 vorbildlichen Bestimmung des § 629 ZPO. tritt für die Ehenichtigkeitsklage der § 636a in Fassung von § 41 III DVO. zum EheG.)

Die Ansicht von der konstitutiven Natur des Anfechtungsurteils wird — angesichts des jetzt klar herausgestellten konstitutiven Charakters des neuen Aufhebungsurteils (§ 34 EheG.) — nicht gestützt. Im Gegenteil, die auf Seite 96 ff. vorl. Arb. für das alte Eheanfechtungsurteil wie für das Ehelichkeitsanfechtungsurteil vertretene Ablehnung eines konstitutiven Charakters dieser Urteile findet ihre Bestätigung [1]).

12. Der § 644 ZPO. ist unberührt geblieben. Es kann darin ein Zeichen seiner vorläufigen weiteren Gültigkeit [2]) erblickt werden, wie auch die Absicht, die Ausgestaltung eines besonderen Verfahrens für die Klagen auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung einer künftigen Regelung vorzubehalten.

Durch das neue Eherecht wird für vorliegende Arbeit Wesentliches sachlich nicht geändert. Mancher Gedanke und manche Entwicklungslinie wird bestätigt. So mag die Aufzeichnung des neugestalteten Ehelichkeitsanfechtungsrechts sogar einen gewissen Reiz gewinnen durch die schärfere Beleuchtung der Entwicklung und die Erkenntnis: im organischen Leben begründete Gesetze veralten nicht, sondern bleiben in ihrem Wesen wirkende Kräfte im Strom der Zeit.

1) Vgl. Fechner in JW. 1938, 2114 unter 5: „ . . . das auf die Eheanfechtungsklage ergehende Urteil wirkte nicht etwa konstitutiv, sondern entschied nur über die Begründetheit der außerhalb seiner Sphäre liegenden, ihm vorangegangenen Anfechtungserklärung.

2) Vgl. Seite 124, insbesondere Seite 128 vorl. Arb.